

القاعدة الجنائية

مصادرها وسماتها العامة من منظور شرعي

إعداد

دكتور / محمد عبد الشافي إسماعيل

أستاذ القانون الجنائي بجامعة الأزهر بأسسوط

١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م



مُقَدِّمَةٌ:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد...

فإن الشريعة الإسلامية تمتاز بمرونة مصادرها، وذاتية سماتها العامة، وهذه المرونة وتلك الذاتية تعكس مدى صلاحيتها للتطبيق في كل زمان ومكان، وهو الأمر الذي شهد به غير المسلمين قبل أن يشهد به المسلمون. وترتبط على ذلك تتعالى الصيحات بين الفينة والفينة مطالبة بتحكيم شرع الله تعالى في المسائل الجنائية، الأمر الذي يوجب على أهل الاختصاص الاستعداد لمثل هذا اليوم المأمول الذي تطبق فيه الناحية الجنائية الشرعية، وانطلاقاً من هذا الهدف رأيت أن أبحث في مصادر القاعدة الجنائية وسماتها العامة من منظور شرعي، إيماناً مني بأن نتائج هذا البحث سوف تمد القائمين على تطوير القانون الجنائي بالمعطيات اللازمة لجعله متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

واتساقاً مع هذا الهدف، فسوف نقسم دراستنا لهذا الموضوع إلى قسمين، نخصص أولهما لدراسة مصادر القاعدة الجنائية الشرعية، فيما نخصص الثاني لدراسة سماتها العامة، ونفرد لدراسة كل منهما فصلاً على حدة فيما يلي.



الفصل الأول

مصادر القاعدة الجنائية الشرعية

المبحث الأول

تحديد مصادر القاعدة الجنائية الشرعية

القاعدة الجنائية الشرعية بين وحدة المصدر وتعددده:

ينبغي التفريق -في البداية- بين مصدر القاعدة الجنائية الشرعية في عصر النبوة، أعنى عصر التشريع الإسلامى، وبين مصدرها فيما بعد عصر النبوة^(١).

مصدر القاعدة الجنائية الشرعية في عصر النبوة:

ليس للقاعدة الجنائية في عصر النبوة من مصدر سوى الوحي، قال تعالى: "وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى علمه شديد القوى"^(٢). والوحي نوعان: وحي متلو، وهو الوحي باللفظ وبالمعنى معاً، وهو القرآن الكريم. ووحي غير متلو، وهو الوحي بالمعنى فقط، حيث يكون اللفظ من الرسول ﷺ، وهو السنة النبوية المطهرة، ولست أجد عبارة في توضيحهما أدق من عبارة الإمام الجويني - فيما نقله عنه السيوطي في الإتيقان - وأنا أنقلها هنا بلفظها، وإن كانت طويلة، لعظيم فائدتها في توضيح ما نحن بصدده حيث قال (كلام الله المنزل قسماً: قسم قال الله لجبريل: قل للنبي الذي أنت مرسل إليه أن الله يقول افعل كذا وكذا وأمر بكذا وكذا، ففهم جبريل ما قاله ربه، ثم نزل على ذلك النبي وقال له ما قاله ربه ولم تكن العبارة تلك العبارة، كما يقول الملك

(١) التشريع هو سن الأحكام التي تنظم شئون الناس، وليس له من مصدر في الإسلام سوى الحق سبحانه وتعالى، فهو وحده المشرع، أما ما استنبطه العلماء بعد ذلك من النصوص فهو لا يعدو أن يكون نظراً في النص لاستنباط حكم واقعة لم يرد بشأنها نص مباشر، وهو ما يعرف بالفقه الإسلامى.

(٢) سورة النجم الآيات الرقيقة: ٣، ٤، ٥.



لمن يثق به: قل لفلان يقول لك الملك اجتهد فى الخدمة واجمع جندك للقتال، فإن قال الرسول: يقول الملك لا تتهاون فى خدمتى ولا تترك الجند تتفرق وحثمهم على المقاتلة، لا ينسب إلى كذب ولا تقصير فى أداء الرسالة، وقسم آخر قال الله لجبريل: اقرأ على النبى هذا الكتاب، فنزل جبريل بكلمة من الله من غير تغيير، كما يكتب الملك كتاباً ويسلمه إلى أمين، ويقول: اقرأه على فلان، فهو لا يغير منه كلمة ولا حرفاً^(١)، ثم عقب السيوطى على تلك العبارة قائلاً (القرآن هو القسم الثانى والقسم الأول هو السنة)^(٢)، وهكذا يتضح لنا أن الوحي يشمل القرآن والسنة، فكلاهما من عند الله تعالى، كما قرر الشافعى فى الرسالة^(٣). وبناءً على ذلك يبدو لنا أن دور الرسول ﷺ بشأن الوحي يتمثل فى التبليغ والبيان، كما قال سبحانه وتعالى فى سورة المائدة "يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك.." ^(٤)، وكما قال فى سورة النحل "وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم..." ^(٥).

والقواعد الجنائية التى تضمنها القرآن الكريم نوعان، قواعد تضمنت تحديد الجريمة وتحديد العقوبة المقررة لها، وقواعد تضمنت تحديد الجرائم دون أن تقدر لها عقوبة معينة. والنصوص التى تضمنت القسم الأول تخضع للحصر والتحديد؛ وهى ستة، (أ) النصوص التى وضعت شريعة القصاص، وهى قوله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص"^(٦)، فهذه الآية قررت عقوبة القصاص فى النفس وفيما دونها. (ب) النصوص التى وضعت شريعة الدية؛ وهى قوله تعالى "ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى

(١) الإتقان فى علوم القرآن للسيوطى، ط دار الفكر بيروت ١٣٦٨هـ، الجزء الأول، ص ٤٥.

(٢) نفس المرجع والموضع السابق.

(٣) الرسالة للإمام الشافعى، بتحقيق أحمد محمد شاكر، ط ١٣٠٩هـ، ص ٤٧١ رقم ١٣٠٩.

(٤) سورة المائدة الآية ٦٧.

(٥) سورة النحل الآية ٤٤.

(٦) سورة المائدة الآية ٤٥.



أهله إلا أن يصدقوا"^(١)، وهى تقرر الدية فى القتل الخطأ. (ج) النصوص التى وضعت عقاب الزناة، وهى قوله تعالى "الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة"^(٢). (د) النصوص التى قررت حد القذف، وهى قوله تعالى "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون"^(٣). (هـ) والنصوص التى وضعت حد السرقة، قال تعالى "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما"^(٤). (و) النصوص التى وضعت حد الحرابة، قال تعالى "إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف"^(٥). وأما النصوص التى تضمنت القسم الثانى، فإنها أكثر من أن تخضع للحصر؛ ومن ثم نجتزئ بذكر أمثلة لها، كقوله تعالى فى شأن الخمر "إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه"^(٦)، وفى البغى قال سبحانه "وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفنى إلى أمر الله"^(٧)، وفى الردة قال سبحانه "ومن يبتغ غير الإسلام ديناً فلن يقبل منه"^(٨)، وقال "ومن يرد منكم عن دينه قيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم فى الدنيا والآخرة"^(٩)، وفى المطاعم المحرمة قال تعالى "قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به"^(١٠). وفى الرشوة قال سبحانه "سماعون للكذب أكالون للسحت"^(١١). وفى غش المكايل والموازين قال

(١) سورة النساء الآية ٩٢.

(٢) سورة النور الآية ٢.

(٣) سورة النور الآية ٤.

(٤) سورة المائدة الآية ٣٨.

(٥) سورة المائدة الآية ٣٣.

(٦) سورة المائدة الآية ٩٠.

(٧) سورة الحجرات الآية ٩.

(٨) سورة آل عمران الآية ٨٥.

(٩) سورة البقرة الآية ٢١٧.

(١٠) سورة الأنعام الآية ١٤٥.

(١١) سورة المائدة الآية ٤٢.



سبحانه "ويل للمطففين الذين إذا اكتالوا على الناس يستوفون وإذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون" ^(١)، وفي التجسس وموالات الأعداء جاء قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوى وعدوكم أولياء تلقون إليهم بالمودة وقد كفروا بما جاءكم من الحق" ^(٢)، وفي السب والفحش والبذاءة قال سبحانه "لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم" ^(٣)، وفي شهادة الزور جاء قوله تعالى "فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور" ^(٤)... إلخ. ففي هذه الآيات وأمثالها كثير نهى عن المسالك التي تضمنتها على وجه يفيد حرمتها، ولكن النصوص لم تضع عقوبة محددة لهذه الجرائم، وقد ورد النص على بعض هذه العقوبات في السنة المطهرة، حين بقيت عقوبات بعض هذه الجرائم مفوضة إلى أولى الأمر في الدولة الإسلامية.

وأما القواعد الجنائية التي وردت في السنة المطهرة فهي جمع غفير منها رجم الزاني المحصن؛ قال ﷺ "لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث... والثيب الزاني" ^(٥)، وقوله في قصة العفيف "واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها" ^(٦). وفي شرب الخمر يروى لنا أبو هريرة أن النبي ﷺ قد أتى برجل شرب فقال (اضربوه) ^(٧). وفي البغي قال ﷺ (...ومن بايع إماماً فأعطاه صفقة يمينه وثمرة قلبه فليطعه ما استطاع، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنقه الآخر) ^(٨)، وفي مقدار دية القتل

(١) سورة المطففين الآيات من ١-٣.

(٢) سورة الممتحنة الآية الأولى.

(٣) سورة النساء الآية ١٤٨.

(٤) سورة الحج الآية ٣٠.

(٥) أخرجه البخاري بسنده عن ابن مسعود في باب قول الله تعالى "أن النفس بالنفس" من كتاب الديات. انظر: البخاري مع فتح الباري ١٢/١٦٩.

(٦) أخرجه البخاري بسنده عن أبي هريرة وزيد بن خالد في باب الاعتراف بالزنا من كتاب المحاربين. انظر: البخاري مع فتح الباري ١٢/١١٤.

(٧) أخرجه البخاري بسنده عن أبي هريرة في باب الضرب بالجريد والنعال من كتاب الحدود، انظر: البخاري مع الفتح ١٢/٥٥.

(٨) أخرجه ابن ماجه بسنده عن عبد الله بن عمرو بن العاص، في كتاب الفتن، باب ما يكون من الفتن، سنن ابن ماجه ٢/١٣٠٧ رقم ٣٩٥٦، وأخرج البخاري بسنده عن ابن عباس في باب قتل المرتد والمردة من كتاب استنابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، أن النبي ﷺ قال (من بدل دينه فاقلهه). البخاري مع فتح الباري ١٢/٢٢٧.



شبه العمد، قال ﷺ (قتل الخطأ شبه العمد: قتل السوط والعصا مائة من الإبل أربعون منها خلفه في بطونها أولادها)^(١)، وفي مقدار دية النفس في الخطأ قال ﷺ (في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بنى مخاض نكور)^(٢)... إلخ.

مصادر القاعدة الجنائية فيما بعد عصر النبوة:

استجذبت بعد عصر التشريع وقائع وأحداث لم ترد في حكمها نصوص شرعية، فكان من الضروري إعمال النظر في نصوص الكتاب والسنة، لاستنباط الحكم الشرعي المناسب لهذه الوقائع، وبذلك يمكن القول إن مصدر الأحكام الجنائية فيما لا نص فيه راجع إلى اجتهاد الفقهاء المسلمين في العصور المختلفة. ومن أمثلة ذلك: الاجتهاد في الحكم بقتل الجماعة بالواحد، وقد وقع في عهد الخليفة عمر بن الخطاب، عندما قتلت امرأة وخليفتها رجلاً، فتردد عمر في الحكم بقتلهما قصاصاً، لقول الله تعالى في شأن القصاص (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس)، واستشار علياً فأشار بقتلهما، ف قضى عمر بذلك^(٣). وروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به جميعاً^(٤).

وقاس على -رضي الله عنه- حد الشرب على حد المفترى فقال (إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فحدوه حد المفترى)^(٥)... وقد سار الفقهاء بعد ذلك على طريقة الاجتهاد عند غياب النص وتكونت

(١) خرجه ابن ماجة بسنده عن عبد الله بن عمرو في كتاب الديات، باب دية شبه العمد مغلظة، سنن ابن ماجة ٨٧٧/٢ رقم ٦٧٢٧.

(٢) خرجه ابن ماجة بسنده عن ابن مسعود في كتاب الديات، باب دية الخطأ. سنن ابن ماجة ٨٧٩/٢ رقم ٢٦٣١.

(٣) د. محمد سليم العوا، في أصول النظام الجنائي الإسلامي، ط دار المعارف ١٩٧٩، ق ١٠، ص ٤١.

(٤) د. منصور أبو المعاطي الجوهري، حماية النفس وسلامة الجسم، ط أولى ١٩٧٦، ص ٣٤.

(٥) د. عبد الحميد محمود البعلی، التشريعات العقابية ومكافحة الجريمة، ط أولى ١٩٩٣، مكتبة وهبة، ص ٣٦.



بذلك الثروة الفقهية الكبرى التي نجدها اليوم بين أيدينا في مختلف مصنفات الفقه الإسلامي بمذاهبه المتعددة^(١).

وبناء على ما تقدم، يمكن القول بأن الأحكام الجنائية التي قررها فقهاء الشريعة ودونوها في مؤلفاتهم - فيما لم يرد بشأنه نص - تعتمد في أساسها على النصوص الشرعية، إذ هي لا تعدو أن تكون نظراً في نصوص الكتاب والسنة، لاستنباط الحكم الشرعي منهما. وإذا كانت سمة "الربانية" في القواعد الجنائية ذات المصدر "النصي" أوضح؛ باعتبار أن الحكم فيها مأخوذ مباشرة من نص الوحي: قرأنا أكان أم سنة، فإن ذلك لا يبرر التردد في إضفاء تلك السمة أيضاً على القواعد الجنائية ذات المصدر "الاجتهادي"؛ ذلك أن الاجتهاد الفقهي يأخذ إحدى صورتين: صورة استنباط الحكم من نص غير قطعي الدلالة تختلف في تحديد دلالاته آراء المجتهدين، أو صورة إثبات الحكم بطريقة الاجتهاد: إما قياساً على حكم ثبت بالنص، وإما بطريقة الاستحسان، وإما بتحكيم المصلحة أو العرف، أو بغير ذلك من طرق الاستنباط التي تناولها بالبيان والشرح علماء الأصول. فإذا كان مبنى الحكم الفقهي هو الاجتهاد في فهم نص ظني الدلالة فالأمر واضح، إذ مرجع الحكم في الحقيقة هو النص، وليس الاجتهاد إلا مجرد وسيلة لإدراك ما يدل عليه النص ويقضى به. وإذا كان طريق الوصول إلى الحكم هو استعمال أحد طرق الاستنباط المقررة في الأصول عند غياب النص، فإن هذه الطرق تستمد شرعيتها من تقريرها صراحة أو إشارة في القرآن والسنة^(٢). وهكذا نخلص إلى أن القاعدة الجنائية الشرعية "ربانية" في مصدرها وأساسها في سائر الأحوال^(٣).

(١) د. محمد سليم العوا، المرجع والموضع السابق.

(٢) د. محمد سليم العوا، المرجع السابق، ق ١١ ص ٤٢.

(٣) قال الشافعي في رسالته (فليست تنزل بأحد من أهل دين الله نازلة إلا وفي كتاب الله الدليل على سبيل الهدى فيها) الرسالة، ق ٤٨، ص ٢٠.

وقال أيضاً (كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم، أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة. وعليه إذا كان فيه بعينه حكم؛ وجب اتباعه، وإذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه وهو الاجتهاد) الرسالة ق ١٣٢٦، ص ٤٧٧.

(٤) انظر: في "الربانية" كخصيصة من خصائص القاعدة التشريعية الإسلامية، بحثاً بهذا العنوان للدكتور/ محمد شتا أبو سعد، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، س ٤ العدد ١٦ سنة ١٣١٤ هـ ص ٣٤ وما بعدها.

المبحث الثاني

معطيات " مصادر " القاعدة الجنائية الشرعية

فى تطوير القانون الجنائى

أولاً: معيار تقييم النصوص الجنائية النافذة:

الوقائع والأحداث التى قنن المشرع الوضعى أحكامها فى القانون الجنائى طائفتان، وقائع وأحداث سبق لنصوص الكتاب أو السنة تقنينها ووضع حكم لها، ووقائع وأحداث لم تنظمها نصوص الكتاب أو السنة، وبالتالي لم تضع حكماً لها. والطائفة الأولى من نصوص القانون الجنائى يتعين الإبقاء عليها ما اتفق حكمها مع حكم نصوص القرآن والسنة، وإلا وجب إسقاطها واستبدالها بغيرها. وأما الطائفة الثانية فينبغى التأمل فيها، فإذا جاء الحكم الوضعى بشأنها متفقاً مع روح الشريعة ومقاصدها الكلية وروحها العامة، فهى نصوص محترمة شرعاً ويتعين الإبقاء عليها، فإن تعارضت مع تلك القواعد والمقاصد الكلية، تعين إسقاطها واستبدالها بنصوص أخرى تتفق مع تلك القواعد والمقاصد الكلية^(١).

مفاد ما تقدم، أن الحكم على نصوص القانون الوضعى بالاتفاق أو الاختلاف مع الشريعة يرتد إلى نصوص الكتاب أو السنة فيما ورد فيه نص، فيما يرتد إلى قواعد الشريعة وأصولها الكلية فيما لا نص فيه. فيكون واجب الإلغاء من نصوص القانون الوضعى تلك النصوص التى تتعارض مع القرآن أو السنة، أو التى تتعارض مع قواعد الشريعة الكلية وأصولها العامة.

ووجوب إسقاط النصوص المتعارضة مع الشريعة بالمعنى السالف ذكره يجد أساسه فى نصوص القرآن الكريم التى تحرم الاحتكام إلى غير شرع الله، وتحصر الحاكمية فى " المولى ﷻ "؛ قال تعالى

(١) قارن مع عبد القادر عودة، التشريع الجنائى ٢٢٣/١ وما بعدها.



"إن الحكم إلا لله" ^(١)، وقال "وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله" ^(٢)، وقال "أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله" ^(٣)، وقال (وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وإن كثيراً من الناس لفاسقون، أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون) ^(٤)، وقال أيضاً (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون) ^(٥)، (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون) ^(٦)، (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون) ^(٧).

وأما وجه الإبقاء على نصوص القانون الجنائي التي تنظم موضوعات لم تضع لها النصوص الشرعية حكماً معيناً، حيث يكون النص القانوني غير متعارض مع أصول الشريعة وقواعدها ومقاصدها الكلية، فيتمثل في أن هذه النصوص قد قننها "أولو الأمر" في الدولة الإسلامية، وحق هؤلاء في التشريع ثابت في إطارين، أحدهما تشريعات تنفيذية يقصد بها ضمان تنفيذ نصوص الشريعة الإسلامية، والثاني تشريعات تنظيمية فيما لم تأت فيه الشريعة بنصوص خاصة؛ سداً لحاجة الجماعة وحماية لمصالحها ضد ما يستجد من وقائع وأحداث، وليس يتطلب لشرعية هذه النصوص سوى اتفاقها مع مبادئ الشريعة وروحها التشريعية ومقاصدها الكلية، ومن ثم فهي تشريعات تستند إلى نصوص الشريعة كذلك ولكن بطريقة غير مباشر ^(٨).

(١) سورة يوسف الآية ٤٠.

(٢) سورة الشورى الآية ١٠.

(٣) سورة الشورى الآية ٢١.

(٤) سورة المائدة الآيتان ٤٩، ٥٠.

(٥) سورة المائدة الآية ٤٤.

(٦) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٧) سورة المائدة الآية ٤٧.

(٨) في المعنى ذاته: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي ٢٣٢/١-٢٣٣.



ثانياً: استبعاد الأحكام المتعارضة مع النصوص الشرعية:

وليس من المستطاع - في هذه السطور - حصر الأحكام الجنائية الوضعية المتعارضة مع نصوص الشريعة حصراً جامعاً؛ بل إن هذا الحصر يخرج بهذا البحث عن الغرض المرسوم له، وهو عدم النزول إلى الجزئيات والتفصيلات، ومن ثم فإننا نجتزئ بذكر أمثلة لهذه النصوص التي يتعين استبعادها لتعارضها مع نصوص الشريعة.

فمثلاً تنص المادة (٢٧٤) ع على أن (المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت)، وأردفت المادة (٢٧٥) قانلة (ويعاقب أيضاً الزاني بتلك المرأة بنفس العقوبة)، ثم عددت المادة (٢٧٦) الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنى فحصرتها في الآتي: القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه، أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم، أما المادة (٢٧٧) فإنها تشترط لعقاب الزوج عن جريمة الزنى شرطان: أن يزنى في منزل الزوجية، وأن يثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة، ومن قبل علقت المادة (٢٧٣) ع محاكمة الزانية على دعوى زوجها، ثم وضعت حكماً غريباً مفاده عدم سماع دعواه عليها بالزنى (إذا زنى في المسكن المقيم فيه مع زوجته).

ووجه مخالفة الأحكام التي قررتها المواد السابقة لنصوص الشريعة أظهر من أن يذكر ببيان أو يسطره بنان، فمؤدى تلك النصوص أن الغاية الرئيسية منها هي "حماية واجب الإخلاص الزوجي" لا مكافحة الزنى كرديلة في حد ذاته؛ فإذا كان الزنا غير متزوجين فلا سبيل إلى العقاب^(١)، هذه واحدة. والثانية، هي تعليق العقاب على طلب الزوج أو الزوجة، وبالتالي فما لم تقدم شكوى، فلا سبيل إلى العقاب، والثالثة هي جعل سبق ارتكاب الزوج هذه الفاحشة في منزل الزوجية حائلاً دون سماع دعواه، وتعطيه الحق في وقف تنفيذ الحكم ضد زوجته، ورابعاً هي تعاقب الزناة - المتزوجين - بعقوبة الحبس، وتقبل في إثبات الزنى أدلة تتنافر مع نصوص الشريعة. وهذه الأحكام في جملتها تتعارض تعارضاً كلياً مع نصوص الشريعة، التي تقضى بالعقاب على الزنا بوصفه "رديلة" تستحق العقاب في كل حال،

(١) وذلك ما لم يمكن العقاب بوصف آخر، كالتغريب بالقصر، أو موقعة أنثى بغير رضائها، أو وجود جريمة فعل فاضح علنى.



سيان أكان الزانى متزوجاً أم غير متزوج، ولا تقبل فى إثبات تلك الجريمة سوى شهادة أربعة عدول يرون الفعل كالمروء فى المكحلة - إمعاناً فى الستر - أو الاعتراف، ولا تجعل لأحد حق العفو ولو كان زوجاً، وتعاقب على تلك الجريمة بالرجم للمحصن والجلد لغير المحصن. ومن هنا يلزم إلغاء سائر هذه النصوص، والاستعاضة عنها بنص واحد يقرر العقاب على الزنى سواء أكان الزانى محصناً أم غير محصن، والرجم فى الحالة الأولى، والجلد فى الحالة الثانية مائة جلدة، مع حصر الأدلة المقبولة فى شهادة أربعة عدول أو الإقرار ليس إلا؛ تنفيذاً لقوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)^(١)، وتنفيذاً لقوله ﷺ فى قصة العفيف (واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)^(٢).

ثالثاً: لا مجال للمعقول أمام ما قصت به صرائح النقول:

الجرانم - فى فقه الشريعة - طائفتان: جرانم ذات عقوبات مقدرة، وجرانم ذات عقوبات مفوضة. ويقتصر دور ولى الأمر فى الدولة الإسلامية على تطبيق الطائفة الأولى وتنفيذها، ولا يسمح له بأى تدخل فى هذا النطاق، فهو لا يملك إباحة ما حرّمته النصوص، ولا يملك تغيير العقوبة التى رصدها الشارع للجريمة، أما صلاحياته بشأن الطائفة الثانية فإنها تتسع، لتشمل فرض عقوبة لأية جريمة حرّمها الشريعة دون أن تضع لها عقوبة محددة، كما تشمل أيضاً تجريم ما يستجد من أحداث ووقائع لم يعالجها نص شرعى مع تقدير العقوبة المناسبة لها، مراعيًا ظروف الجنائية والجاني ومدى الضرر الناجم عنها فى محيط الفرد والجماعة، شريطة ألا يتعارض حكمه فى هذا مع الأصول والقواعد العامة للشريعة كما قدمنا، وهو ما يعرف بالتعزير. يقول ابن القيم فى هذا الشأن مانصه (الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهد الأئمة، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود المقدرة بالشرع على الجرانم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهد يخالف ما وضع عليه، والنوع الثانى: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً

(١) سبق تخريج الآية.

(٢) سبق تخريج الحديث.



ومكاناً وحالاً، كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة...^(١).

رابعاً: ذاتية المصطلحات المستمدة من القاعدة الجنائية الشرعية:

القاعدة الجنائية الشرعية، بحسبانها ذات أصل "رباني"، تختلف عن مثيلتها المستمدة من القوانين الوضعية، والمصطلحات المستمدة من هذه القواعد تأخذ الحكم ذاته، وبالتالي لا ينبغي عند تطوير القانون الجنائي مناظرة المصطلحات الشرعية بالمصطلحات القانونية؛ وإلا أفضى ذلك إلى الوقوع في الخلط والغموض الذي يحسن تجنبه في صياغة التشريع.

ومن أمثلة هذا التنظير غير المستحب ما ورد في نموذج القانون الجنائي الإسلامي في قسمه العام للدكتور محمد محيي الدين عوض؛ حيث ضمن المادة (٤٨) تقسيماً للجرائم جاء فيه (الجرائم نوعان: كبائر وهي ما نطلق عليه تعبير الجنايات، وصغائر وهو ما نطلق عليه تعبير الجنح)^(٢)، والمصطلحان جد متغايران؛ فمصطلح الجناية والجنحة موضوع في التشريعات التي تعتمد كلية على عقوبة سلب الحرية في كفاحها ضد الجريمة، وهي - في الوقت ذاته - تقوم بتفريدها: نوعاً ومقداراً. فيما يمثل سلب الحرية آخر ما تلجأ إليه الشريعة في كفاحها ضد الإجرام؛ ثم إن سلب الحرية لا يتنوع في الشريعة إلى ما يتنوع إليه سلب الحرية في القانون الوضعي، فليس في الشريعة أشغال شاقة مؤبدة ومؤقتة، وسجن، وحبس مع الشغل، وحبس بسيط، ومقاصد الشريعة العامة تأبى إذلال الجنائي وتحميله مالا يطيق، بل تعامله كشخص مريض يحتاج إلى العلاج، وغير ذلك مما سنعرض له فيما بعد. أضف إلى هذا أنه لا يمكن القول بالتطابق التام بين "الكبيرة"

(١) إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، بتحقيق محمد سيد كياني، النور الإسلامية للطبع والنشر د: ت، الجزء الأول، ص ٣٤٦-٣٤٧.

(٢) مؤلف سيادته: القانون الجنائي، مبادئه الأساسية ونظرياته العامة في الشريعة الإسلامية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٦، ص ١٧٦.

وانظر مسلك المشرع الإماراتي في المادة (٢٦) من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، حين نص على أن الجرائم ثلاثة أنواع: جرائم حدود، جرائم قصاص ودية، جرائم تعزيرية، أردف ذلك قائلًا: والجرائم ثلاثة أنواع: جنایات وجنح ومخالفات. انظر: د. مدحت رمضان، تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ضوء قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية في دولة الإمارات العربية ١٩٩٥ ص ٥ وما بعدها.



وهي غير محددة شرعاً وبين الجنائية، ولا بين الصغيرة والجنحة؛ وإنى أستمح القارئ عذراً في نقل عبارات الإمام الغزالي في تقرير عدم حصر الكبائر والصغائر -وهو مفترض التنظير والمقابلة- حيث يقول رحمة الله (اعلم أن الذنوب تنقسم إلى صغائر وكبائر، وقد كثر اختلاف الناس فيها، فقال قائلون: لا صغيرة ولا كبيرة، بل كل مخالفة لله هي كبيرة.. واختلف الصحابة والتابعون في عدد الكبائر، من أربع إلى سبع إلى تسع إلى إحدى عشرة فما فوق... وقال ابن عباس هن إلى سبعين أقرب من سبع، وقال مرة كل ما نهى الله عنه فهو كبيرة. وقال غيره: كل ما أوعد الله عليه بالنار فهو من الكبائر، وقال بعض السلف: كل ما أوجب عليه الحد في الدنيا فهو كبيرة، وقيل: إنها مبهمة لا يعرف عددها كليلة القدر وساعة الجمعة...) ^(١) ثم عقب قائلا: (فالكبيرة من حيث اللفظ مبهم ليس له موضوع خاص في اللغة ولا في الشرع، وذلك لأن الكبير والصغير من المضافات، وما من ذنب إلا وهو كبير بالإضافة إلى مادونه، وصغير بالإضافة إلى ما فوقه... فالطمع في معرفة حد حاصر أو عدد جامع مانع طلب لما لا يمكن، فإن ذلك لا يمكن إلا بالسماع من رسول الله ﷺ، بأن يقول: إنى أردت بالكبائر عشراً، أو خمساً، أو يفصلها، فإن لم يرد هذا، بل ورد في بعض الألفاظ "ثلاث من الكبائر"، وفي بعضها "سبع من الكبائر"، ثم ورد "أن السببتين بالسبة الواحدة من الكبائر"، وهو خارج عن السبع والثلاث، علم أنه لم يقصد به العدد بما يحصر، فكيف يطمع في عد ما لم يعده الشرع...) ^(٢). وإذا كان تعداد الكبائر والصغائر على هذه الدرجة من الغموض والاختلاف، فإن استعمال مثل هذا المصطلح في التقنين يفضي إلى تضارب الآراء والأحكام في المسألة الواحدة. ومناظرة الكبيرة بالجنائية، والصغيرة بالجنحة أمر تحفه الأخطار، ويصعب التسليم به، وهو على كل حال، ليس من حسن السياسة التشريعية في شيء.

(١) إحياء علوم الدين ١٨/٤. وانظر في المعنى ذاته: تفسير القرطبي ١٦٠/٥ وما بعدها.

(٢) المرجعين السابقين بذات الموضوع المذكور فيهما.

الفصل الثانى

السمات العامة للقاعدة الجنائية الشرعية

تحديد وتقسيم:

نوزع دراستنا فى هذا الفصل على مبحثين، نخصص أولهما لبيان وتحديد تلك السمات، فيما نحدد فى الثانى معطيات هذه السمات فى تطوير القانون الجنائى.

المبحث الأول

تحديد السمات العامة للقاعدة الجنائية الشرعية

تحديد وتقسيم:

أبرز سمات القاعدة الجنائية الإسلامية ثلاث: العموم، والشرعية، وفورية التطبيق (عدم الرجعية)، ونعالج كل سمة منها فى مطلب على حدة.

المطلب الأول

عموم القاعدة الجنائية الشرعية

نطاق عموم القاعدة الجنائية الشرعية:

ينبغى التفريق فى هذا الشأن بين الحد الشخصى للعموم، والحد الموضوعى للعموم؛ ذلك أن عموم القاعدة الجنائية الشرعية يتقرر فى اتجاهين: عمومها من حيث الأشخاص الذين تنطبق عليهم، وعمومها من حيث الموضوعات التى تتناولها القاعدة بالتنظيم.

أولاً: عموم القاعدة الجنائية الشرعية فى حدها الشخصى

(أ) الخطاب الشرعى بين العالمية والإقليمية:

الواقع أن القاعدة الجنائية الشرعية هى جزء من قواعد الشريعة الإسلامية، ولما كانت الشريعة الإسلامية شريعة " عامة " أو " عالمية " أو



"غير إقليمية"، فإنه من المتعين أن تكون القاعدة الجنائية موسومة بتلك السمة أيضاً. وقبل بيان مدى هذا العموم ونطاقه، يتعين إقامة الدليل على مرتكزه وهو "عالمية" الشريعة.

والمتتبع لآي القرآن وهي تتحدث عن الرسل السابقين يلاحظ أنها تنص على إرسال كل رسول إلى قومه خاصة، قال تعالى "لقد أخذنا ميثاق بني إسرائيل وأرسلنا إليهم رسلاً" (١)، وقال سبحانه "لقد أرسلنا نوحاً إلى قومه" (٢)، وقال "ولقد أرسلنا إلى ثمود أخاهم صالحاً" (٣)، وفي يونس عليه السلام يقول تعالى "وأرسلناه إلى مائة ألف أو يزيدون" (٤)، وقال "كذبت عاد المرسلين، إذ قال لهم أخوهم هود ألا تتقون، إني لكم رسول أمين" (٥)، وقال "كذبت قوم لوط المرسلين، إذ قال لهم أخوهم لوط ألا تتقون، إني لكم رسول أمين" (٦)، وقال "كذب أصحاب الأيكة المرسلين، إذ قال لهم شعيب ألا تتقون، إني لكم رسول أمين" (٧)، وعندما تحدث القرآن عن رسالة نبينا محمد ﷺ قال في حقه "وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً" (٨)، وقال "وأرسلناك للناس رسلاً" (٩)، وقال سبحانه "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين" (١٠)، وهذه تضي عموم الرسالة المحمدية هو عموم الخطاب الشرعي الذي جاءت به، ومعنى ذلك أن الأصل هو عموم الخطاب الشرعي للناس كافة أينما كانوا، وعلى أي أرض وجدوا.

هذا هو الأصل، لكن الظروف الواقعية قد أفضت إلى إقليمية الخطاب الشرعي وحصره في حدود رقعة جغرافية هي تلك التي

(١) سورة المائدة الآية ٧٠.

(٢) سورة الأعراف الآية ٥٩.

(٣) سورة النمل الآية ٤٥.

(٤) سورة الصافات الآية ٤٧.

(٥) سورة الشعراء الآيات من ١٢٣-١٢٥.

(٦) سورة الشعراء الآيات من ١٦٠-١٦٢.

(٧) سورة الشعراء الآيات من ١٧٦-١٧٨.

(٨) سورة سبأ الآية ٢٨.

(٩) سورة النساء الآية ٧٩.

(١٠) سورة الأنبياء الآية ١٠٧.



يسيطر عليها المسلمون وتظهر فيها أحكام الإسلام، وتتمثل هذه الظروف الواقعية في الحدود السياسية لكل دولة من الدول التي تسكن المعمورة، ووجود كثير من الناس لم يؤمنوا بالإسلام وبقوا متمنعين بأوطانهم وسلطانهم، وهكذا وجد انتميز -في فقه الإسلام- بين دار الحرب ودار الإسلام.

ب- الاتجاهات الفقهية في نطاق تطبيق الأحكام الشرعية:

وفي ضوء الحقائق السابقة بحث فقهاؤنا نطاق سلطان النصوص الشرعية، ومنها النصوص الجنائية، ويمكن أن نرد ما قيل في هذا الشأن إلى اتجاهين:

الاتجاه الموسع:

وفقاً لهذا الاتجاه تطبق الأحكام الشرعية على رعايا الدولة الإسلامية (وهم المقيمون في دار الإسلام إقامة دائمة بمقتضى الإيمان أو عقد الذمة)، بصرف النظر عن المكان الذي وقعت فيه الجريمة، فيستوى أن تقع على أرض دار الإسلام، أو على أرض دار الحرب، فالمعتبر في تطبيقها إذن كون الجاني " من رعايا الدولة الإسلامية". ومن ناحية أخرى، تطبق الأحكام الشرعية على رعايا الدول غير الإسلامية إذا ارتكبوا جريمة أثناء تواجدهم في دار الإسلام (وهم إنما يتواجدون فيها بمقتضى عقد الأمان المؤقت)، فأما إن وقعت منهم الجريمة في أوطانهم وديارهم، فإن أحكام الشريعة لا تطبق عليهم بداهة.

وترتيباً على هذا الاتجاه، فإن المسلمين وأهل الذمة والمستأمنين يخضعون جميعاً لحكم الشريعة الإسلامية، الأولين أينما كانوا، والأخيرة إذا وقعت منهم الجريمة في دار الإسلام، ويحمل لواء هذا الاتجاه جمهور الفقهاء (أحمد والشافعي ومالك)^(١).

(١) انظر: المغنى لابن قدامة ٤٧٣/٨ - ٤٧٥؛ كشاف القناع للبهوتي ١٢٦/٣ - ١٢٧؛ الفروع لابن مفلح ٢٦٩/٦؛ المهذب للشيرازي ٢٥٧/٢؛ المجموع شرح الميزب للنووي ١٩/١٩؛ مواهب الجليل للحطاب ٣٥٥/٣؛ جواهر الإكليل ٢٥٥/١؛ الشرح الكبير للدردير هامش حاشية السوقي ١٨٠/٢؛ أحكام القرآن لابن العربي ٨٨٦/٢.



ويقول الفقهاء فى تعليل الحكم السابق، إن المسلم ملتزم بأحكام الشريعة بحكم إسلامه، كما أن الذمى (وهو من يقيم إقامة دائمة بموجب عقد الذمة) يلتزم بأحكام الشريعة بناء على عقد الذمة ذاته؛ إذ أن هذا العقد لا يجوز شرعاً إلا بشرطين: التزام إعطاء الجزية كل حول، والالتزام أحكام الإسلام، أى قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق أو ترك محرم^(١)، حيث يتمتعون - فى مقابل ذلك - بالأمان والعصمة الدائمين. وأما المستأمن (وهو من يتواجد فى دار الإسلام مدة معينة لحاجة عارضة)، فقد أعطى الأمان بناء على طلبه، فلزمه التقيد بشرطه، وهو عدم الخروج على نظام دار الإسلام ما بقى فى إقليمها، إذ لا فرق بينه وبين الذمى إلا من حيث مدة التأمين والعصمة، فهى مؤبدة فى حق الذمى، مؤقتة فى حق المستأمن^(٢). هذا، ومما يشهد لرأى الجمهور فى هذا المقام، ما جاء فى أخريات سورة الأنفال، أعنى قوله تعالى "إن الذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم فى سبيل الله والذين آووا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شئ حتى يهاجروا..."^(٣)، فصدر الآية وعجزها دائر بين الإثبات والنفى، إثبات "الولاية الشرعية" على "من فى دار الإسلام" ونفيها بالنسبة لمن هم "فى دار الحرب"، لكن هذا النفى موقوف "بالهجرة إلى دار الإسلام" حتى يهاجروا^(٤). وتزخر كتب الشرعيين بأمثلة كثيرة لتطبيق الرسول ﷺ أحكام الشريعة على أهل الذمة، كقصاصه ﷺ من اليهودى الذى رض رأس الجارية بين حجرين فقتلها، ورجمه ﷺ ليهوديين زنيا... إلخ^(٥).

(١) كشف القناع ١١٧/٣؛ المغنى ٥٠٠/٨.

(٢) فتح القدير مع الهداية ١٥٤/٤.

(٣) سورة الأنفال الآية ٧٢.

(٤) الهجرة - كما يقول القرطبى - تعنى: الانتقال من موضع إلى موضع بقصد ترك الأول إيثارة للثانى. والولاية تعنى الإمارة والحكم: تفسير القرطبى ٥٠/٣؛ ٥٦/٨ على التوالى.

(٥) المهذب ٢٥٧/٢، وانظر أمثلة أخرى فى الخراج لأبى يوسف، ط ١٩٨٥ ص ٣٦١-٣٦٢.



الاتجاه المضيق:

ويحمل لواء هذا الاتجاه الحنفية، وإن كان قد وقع الخلاف بينهم في بعض التفصيلات، فأبو حنيفة ومحمد يقولان إن الأحكام الشرعية تطبق على رعايا الدولة الإسلامية، (وهم المسلمون وأهل الذمة) شريطة أن ترتكب الجريمة على أرض دار الإسلام، فأما إن ارتكبوها حال تواجدهم في دار الحرب، ثم عادوا إلى دار الإسلام، فإن الحدود لا توقع عليهم^(١). وهكذا راح أبو حنيفة يشترط وقوع الجريمة في دار العدل كيما تطبق عليها أحكام الشريعة، ذكر ذلك في الزنا^(٢)، والسرقه^(٣)، وقطع الطريق^(٤). وأما المستأمن (الذي يتواجد في دار الإسلام مدة مؤقتة لحاجة عارضة)، فإن الإمام يفرق بشأنه بين جرائم الحق العام (ما يجب حقاً لله تعالى) وبين جرائم الحق الخاص (ما يجب حقاً للعباد)، فيقرر تطبيق أحكام الشريعة عليه في الحالة الثانية دون الأولى^(٥). ومفاد هذا الرأي أن الأحكام الشرعية لا تطبق على رعايا الدولة الإسلامية الذين تقع منهم الجرائم في دار الحرب، كما أنها لا تطبق على المستأمن الذي يرتكب جريمة في أرض دار الإسلام، شريطة أن تكون الجريمة عدواناً على حق الله تعالى، فأما إن كانت عدواناً على حق العبد فإن المستأمن يؤخذ بها. والظاهر من كلام البدائع في هذا الشأن أن عدم تطبيق الحدود على جرائم المسلمين وأهل الذمة (رعايا الدولة الإسلامية) في دار الحرب مغل "بعدم ولاية المسلمين"^(٦) على هذه الدار، وأن عدم تطبيق الأحكام الشرعية على المستأمن الذي ينتهك حقوق الله تعالى في دار الإسلام مغل "بأن دخوله لم يكن على سبيل الإقامة والتوطن، فلا يكون دلالة التزامه حق الله تعالى"^(٧)، أما

(١) البحر الرائق ٥/١٩٥؛ فتح القدير مع الهداية ٤/١٥٤ - ١٥٥؛ البدائع ٧/٣٤-٣٥.

(٢) البدائع ٧/٣٣.

(٣) البدائع ٧/٨٠.

(٤) البدائع ٧/٩٢.

(٥) البدائع ٧/٣٤.

(٦) البدائع ٧/٣٤.

(٧) البدائع ٧/٣٤.



أخذه بحقوق العباد فمعلل بأنه (لما طلب الأمان من المسلمين فقد التزم أمانهم عن الإيذاء بنفسه وظهر حكم الإسلام في حقه)^(١). وأنت ترى من ذلك أن رأى الإمام فى كل ما قال قد اعتمد المنطق المجرد ولم يعتمد الأصول الشرعية.

وأما أبو يوسف، فإنه يوافق الجمهور على ما ذهبوا إليه من تطبيق أحكام الشريعة على المقيمين فى دار الإسلام، سواء أكانت إقامتهم دائمة أم مؤقتة (المسلمون - الذميون - المستأمنون) متى وقعت الجريمة منهم فى دار الإسلام، ويوافق مذهب أبى حنيفة ومحمد فى عدم تطبيق أحكام الشريعة على رعايا الدولة الإسلامية إذا ارتكبوا جرائمهم فى دار الحرب^(٢).

ج- رجحان اتجاه جمهور الفقهاء فى هذه المسألة:

يترجح عندى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لما يلي:

١- أن نصوص الآيات الواردة فى سورة الأنفال تدعمه، فيما قلنا آنفاً، إن رأى الإمام أبى حنيفة يعتمد المنطق المجرد أكثر مما يعتمد الأصول الشرعية.

٢- أن رأى الجمهور يحقق مصلحتين راجحتين، أولاهما جعل المسلم متمسكاً بقواعد ونصوص الشريعة أثناء تواجده فى دار الحرب، ومن ثم يكون المسلم - خاصة - سفيراً طيباً وقدوة لأهل دار الحرب فى التمسك بقيم الإسلام، وحسنها لا يخفى حتى على أهل دار الحرب. والثانية التعاون الدولى على مكافحة ظاهرة الجريمة؛ لأنها لو وقعت من مصرى فى الخارج ثم هرب إلينا لتعذر إبعاده طبقاً لنصوص الدستور المصرى (م ٥١)، فيفر من العقوبة^(٣).

(١) البدائع ٣٤٠/٧-٣٥٠.

(٢) الخراج لأبى يوسف ص ٣٧٥-٣٧٦؛ البدائع، المرجع والموضع السابق.

(٣) د. محمد محبى الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤١.



د- مدى إمكان مساءلة الأشخاص المعنوية جنائياً:

عرف فقهاء الشريعة القدامى بعض الأحكام الفرعية التي تقتضى التسليم بوجود فكرة "الأشخاص المعنوية" في المسور التي عاشوا فيها، ووضعوا لها من الأحكام ما لا يمكن حمله إلا على أساس الاعتراف لبعض الجهات بصلاحيّة الوجوب لها وعليها واعتبارها مصلحة للحقوق والالتزامات، سيان أكانت جماعة من الناس، أم مجموعة من الأموال، أم من المرافق ذات النفع العام.

هذه الحقيقة يسلم بها كل من يقرأ ما كتبه فقهاؤنا في بابي الوقف والوصية، فأنّت تراهم يجيزون الوقف على الفقراء، وعلى مصالح المسجد^(١)، وعلى طلبة العلم^(٢)، وعلى المدارس^(٣). ويستشهد صاحب تبين الحقائق على ذلك بما روى عن ابن عمر رضي الله عنه أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر، فقال يا رسول الله: أصبت أرضاً بخير لم أصب ما لا قط أنفس عندي منه، فما تأمرني؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدق بها، فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والضيّف وابن السبيل، لاجناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول^(٤). وقد أعجبني - في هذا الشأن - عبارات المالكية، وهي تفرق صراحة بين نوعي الأهلية، الأهلية الحقيقية والأهلية الحكمية أو الاعتبارية، فتثبت الأولى للأشخاص الطبيعيين، معينين محصورين أكانوا أم غير معينين ولا محصورين، فيما تثبت الثانية للمرافق ذات النفع العام؛ فيها هو الزرقاني في شرحه على مختصر خليل يقول تعليقا على عبارة خليل ما نصه (ذكر - أي خليل - الركن الثالث وهو الموقوف عليه بقوله "على أهل للتملك": حقيقة كزيد والفقراء، أو حكما كقنطرة لانتفاع المارة بها ومسجد)^(٥)، وفي باب الوصية قال (وصح الإيصاء لمسجد وقنطرة

(١) البحر الرائق ٢٠٢/٥؛ تبين الحقائق ٣/٣٢٥؛ انروض المربع بشرح زاد المستقنع للبهوتي، بتحقيق محمد عبد الرحمن عوض، ط ١٩٩١، ص ٣٥٣.

(٢) شرح الزرقاني ٨٢/٧.

(٣) شرح الزرقاني ٨٣/٧.

(٤) رواه أحمد وأحمد والبخاري ومسلم وغيرهم. تبين الحقائق ٣/٣٢٥.

(٥) شرح الزرقاني ٧٦/٧؛ وقرب مواهب الجليل ٢٢/٦.



وسور ونحوها، وإن كان كل ليس أهلاً للملك؛ لأنه في معنى المنتفعين لذلك؛ ولذا قال: وصرف في مصالحه من مرمرته وحصره وزيته وخدمته من إمام ومؤذن ونحوها^(١). ولا يقف اجتهد المالكية عند هذا الحد، بل يعالج حالات التعدى على أموال الأشخاص المعنوية، فيقول الزرقاني (ومن هدم وقفاً تعدياً فعله بإعادته على الحالة التي كان عليها قبل الهدم... ومن قلع شجراً أو حرقه أو قطعه أو ضيع أو قتل حيواناً أو أثلف ثوباً أو كتاباً أو مكتوباً، وقفاً، تعدياً، فعليه: غرس بدل ما أثلف وقيمة الثوب والكتاب والمكتوب والحيوان...، فإن هدمه خطأً فعليه قيمته، كما إذا هدمه يظنه غير وقف...)^(٢).

ويؤخذ من النقول السابقة، أن العصور التي دون فيها فقهاؤنا القدامى اجتهاداتهم قد عرفت صورة من صور الشخصيات المعنوية تناسب ما كان سائداً في تلك العصور، وأنهم قد ميزوا بين الشخصية الحقيقية والشخصية الاعتبارية، وجعلوا تلك الأخيرة أهلاً للحقوق والالتزامات، كما وضعوا القواعد التي تصون ذمتها المالية، وأوجبوا على المتعدى عليها الضمان. وقياساً على ما قرروه في هذا الشأن نجد أنه لا مانع شرعاً من تقرير مساءلة الأشخاص المعنوية جنائياً، على أن تكون العقوبة التي توقع على الشخص المعنوي مما يناسب كيانه المعنوي الاعتباري، كالحل ووقف النشاط وغلق المنشأة والغرامة ومصادرة المال والحرمان من الحقوق والمزايا التي تنقرر للأشخاص المعنوية مثلاً، وعمدنا فيما نرى ما يأتي:

أ- أن النقول الفقهية السابقة تسأل المتعدى على مال الشخص المعنوي بالتعويض (أي مسئولية مدنية). ولا يعقل أن يكفل التشريع الحماية للشخص المعنوي ضد ما يقع عليه من اعتداء، ويهمل مساءلته عما يقع منه من اعتداء على الآخرين.

ب- أن قضية ارتكاب جرائم باسم ولحساب الشخص المعنوي لم تعرض على بساط البحث في العصور التي دونت فيها الاجتهادات الفقهية السابقة، حيث لم تكن الأشخاص المعنوية قد وصلت إلى ما

(١) شرح الزرقاني ١٧٨/٨.

(٢) شرح الزرقاني ٨٨/٧.



وصلت إليه الآن من التنظيم والتعقيد والتغلغل في سائر شئون الحياة، ولم تكن قد ظهرت بعد الجرائم التى ترتكب الآن باسم الشخص المعنوى ولحسابه، وأعتقد أن ذلك لو كان موجوداً فى عصور تدوين الفقه الإسلامى لما تقاعس الفقهاء أو ترددوا فى تقرير مساءلة الأشخاص المعنوية جنائياً.

ج- أن موضوع مساءلة الأشخاص المعنوية جنائياً يلحق " بالتجريم القانونى " التنظيمى والوقائى، ذلك التجريم المقطوع الصلة بنظرية المسؤولية الجنائية التى تتحقق فى نطاق " الإجراء "، أى الجرائم التقليدية، وأنه بالتالى - كالجرائم القانونية - محض افتعال أو اصطناع قانونى لا ينبغى أن يشغل التفكير الفقهى الجنائى، ولا التفكير العلمى والسياسة الجنائية من باب أولى^(١).

د- أننا نفهم أن يكون التردد^(٢) فى تقرير مساءلة الأشخاص المعنوية جنائياً - وفقاً لأحكام الشريعة التى تشترط العقل والإدراك فيمن يسأل جنائياً - إذا كان المقصود معاقبته بذات العقوبات التى توقع على " الإنسان " المدرك العاقل، ولكننا لا نفهم أبداً أن يحدث هذا التردد، إذا كان الأمر متعلقاً ببعض التدابير والإجراءات التى تتخذ لحماية المجتمع والأفراد من أخطار الجرائم التى ترتكب باسم تلك الأشخاص ولحسابها، مثل الخد من نشاط الشخص المعنوى، أو وقفه مؤقتاً، أو حتى الحل وإنهاء الوجود القانونى له كلية، أو توقيع الغرامة أو المصادرة، أو نحو ذلك مما يلائم طبيعة الشخص المعنوى، بل إننا نرى أن اتخاذ تلك الإجراءات والتدابير أقرب إلى فلسفة نظرية (تحمّل التبعة) فى الفقه الإسلامى، وأقرب إلى روح الشريعة ومقاصدها الكلية. وبناء على كل ذلك، فنحن نرى أن القاعدة الجنائية الشرعية تخاطب سائر الأشخاص: طبيعيين أو

(١) د. على راشد، المدخل وأصول النظرية العامة ط ١٩٧٤، ص ٤١٣.

(٢) وكان بعض المحدثين قد تردد فى هذه المسألة انظر: د. إبراهيم على صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار المعارف ١٩٨٠ ص ٢٣ وما بعدها. وقرب: عبد القادر عودة، التشريع الجنائى ١/ ٣٩٣-٣٩٤ ق ٢٨٠، فيما ذهب البعض إلى أن فقه الشريعة الإسلامية لم يعرف فكرة الشخصية المعنوية أو الاعتبارية كنظرية عامة مؤصلة، وأن نظرتة إلى الشخصية أو الذمة انحصرت فى حدود الشخصية أو الذمة الطبيعية وحدها. د. حسن كيرة، أصول القانون، ط ثانية ١٩٥٨ ص ٨٦٤.



اعتباريين، وإن اختلفت العقوبة التى تنتجها المسؤولية الجنائية فى الحالتين، فهى فى حالة الأشخاص الاعتبارية عقوبات تتناسب مع كيانها القانونى القائم على الاصطناع القانونى.

ثانياً: عموم القاعدة الجنائية الشرعية فى حدها الموضوعى:

يذهب الرأى الغالب بين فقهاء القانون الجنائى الوضعى إلى أنه ينبغى أن يحصر تدخل القانون الجنائى بتحريم الأفعال غير الأخلاقية فى أضيق نطاق ممكن، بحيث لا يكون موضوع القاعدة الجنائية حماية القيم الأخلاقية مالم يترتب الإخلال بهذه القيمة أو انتهاكها ضرراً للآخرين^(١). وهكذا غدا القانون الجنائى الوضعى لا يعاقب على الزنى مالم يكره أحد الطرفين الآخر، أو يكون الزنى بغير رضاه رضاء تاماً؛ لأن الزنى فى الحالتين يمس ضرره المباشر الأفراد، كما يمس الأمن العام. وأكثر القوانين الوضعية لا تعاقب على شرب الخمر، ولا تعاقب على السكر ذاته، وإنما تعاقب السكران إذا وجد فى الطريق العام فى حالة سكر بين، فالعقاب على وجوده فى حالة سكر بين فى الطريق العام؛ لأن وجوده فى هذه الحال يعرض الناس لأذاه واعتدائه، وليس العقاب على السكر لذاته باعتباره "رديلة"، ولا على شرب الخمر، باعتبارها مفسدة للعقل متلفة للمال ضارة بالصحة مفسدة للأخلاق^(٢).

أما الشريعة الإسلامية، فإنها شريعة أخلاقية، والأخلاق فيها ليست أدباً يجل صاحبها، ولكنها ترقى إلى مرتبة الالتزامات، وتندرج بين واجبات الدين^(٣)، فنبنى الإسلام ﷺ (كان خلقه القرآن)، وقد وصفه ربه بقوله "وإنك لعلى خلق عظيم"^(٤). وترتيباً على ذلك غدا أمراً محرماً فى الإسلام: الامتناع عن أداء الشهادة "ولا تكتموا الشهادة ومن

(١) د. محمد سليم العوا، المرجع السابق، ق ١٣ و ١٤ ص ٤٥-٤٦.

(٢) الشيخ مناع خليل القطان، تاريخ التشريع الإسلامى، ط ١٩٩٢ الرياض، ص ٢١؛ الشيخ محمد مصطفى شبلى، الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية، مجلة الحقوق، س ٩ (١٩٥٩-١٩٦٠) ع ٢ ص ١٩ وما بعدها.

(٣) د. محمد محمد شتا أبو سعد، طبيعة وحالات الالتزام الخلقى فى الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ع ١٢ ص ٣ سنة ١٤١٢ هـ ١٩٩٢ م، ص ٣٧ وما بعدها.

(٤) سورة النظم الآية الرابعة.



يكتمها فإنه آثم قلبه" ^(١)، وعدم الوفاء بالعهد "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" ^(٢)، وعدم معونة الآخرين "الذين هم يراءون ويمنعون الماعون" ^(٣). كما عاقبت الشريعة على الامتناع عن مساعدة شخص في حالة خطر، كمن يرى أعمى في طريقه للسقوط في بئر أو حفرة ولا يرشده، أو من يرى طفلاً يغرق في الماء ولا يقدم له العون، أو أن يتمتع شخص عن إعطاء ما معه من الماء لمن احتاجه حتى هلك، وحثت الشريعة على الإحسان إلى الجار ^(٤)، ودعت إلى الرفق بالحيوان ^(٥)... وهكذا فليس غريباً - إذن - أن نجد قواعد الشريعة والفقه الجنائي تحفل إلى أبعد حد بحماية القيم الأخلاقية التي يجب أن تسود في المجتمع.

بناءً على ما تقدم؛ فإنه على خلاف الحال في القاعدة الجنائية الوضعية، التي تلوى زمام تدخلها فلا تمتد إلى حماية القيم الأخلاقية، نجد القاعدة الجنائية الشرعية - خاصة القاعدة التعزيرية - تشمل بحمايتها سائر القيم الخلقية الفاضلة، ولولئى الأمر أن يضمن نصوص التعازير ما يعاقب على هذه الأفعال التي استهجنها الشريعة دون أن تضع لها عقاباً محدداً.

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٣.

(٢) سورة المائدة الآية الأولى.

(٣) سورة الماعون الآيتان السادسة والسابعة، وقد ذكر القرطبي في تفسير كلمة "الماعون" اثنا عشر قولاً، منها قول الماوردي: أنه المعونة بما خف فعله وقد ثقله الله. ومنها: أنه العارية. راجع في بقية الأقوال: تفسير القرطبي ٢٠/٢١٤-٢١٥. وقد حقق ابن العربي أقوال العلماء في تفسير الماعون فذكر ستة آراء. أما هو فقد فسر الماعون بأنه مفعول من أعان يعين، والعون هو الإمداد بالقوة والآلة والأسباب الميسرة للأمر. أحكام القرآن ٤/١٩٨٤-١٩٨٥.

(٤) وفي الحديث: (ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه) خرجه البخاري بسنده عن عائشة في باب الوصاء بالجار من كتاب الأدب: البخاري مع فتح الباري ١٠/٣٦٢.

(٥) وفي الخبر (دخلت امرأة النار في هرة حبستها فلا هي أطعمتها حين حبستها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض).



المطلب الثاني

سمة الشرعية

"قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص"

أ- الأساس الشرعي للقاعدة:

تعنى هذه القاعدة - فى أبسط تعبير عنها- أن سلوك الأفراد لا يعد جريمة، وبالتالي لا يكون محلاً للعقاب، ما لم يوجد - قبل ارتكابه- نص قانونى يجرم هذا السلوك ويفرض له عقوبة.

والمسلم لدى الباحثين المعاصرين أن نصوص القرآن والسنة خلت من نص واضح الدلالة على العمل بهذه القاعدة فى مجال التشريع الجنائى، بمعنى أنه ليس هناك نص بعينه يفيد الأخذ بها فى التشريع الجنائى الإسلامى، وأنها تستنتج استنتاجاً سائغاً وميسوراً من نصوص القرآن والسنة وبعض القواعد الأصولية^(١). وفى القرآن الكريم مثلاً، نجد قوله تعالى "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا"^(٢)، وقوله "وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولاً يتلو عليهم آياتنا"^(٣)، وقوله سبحانه "لأنذركم به ومن بلغ"^(٤)، وقوله "لا يكلف الله نفساً إلا وسعها"^(٥)، وقوله فى تعليل بعثة الرسل بصفة عامة "لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل"^(٦)، وقال سبحانه "ولو أنا أهلكناهم بعذاب من قبله لقالوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولا فنتبع آياتك من قبل أن نذل ونخزى"^(٧). قال القرطبي تعقيباً على هذه الآيات "وفى هذا كله دليل

(١) د. محمد سليم العوا، المرجع السابق، ق ١٩ ص ٥٢-٥٣؛ والمراجع المشار إليها فى هذا الموضوع.

(٢) سورة الإسراء الآية ١٥.

(٣) سورة القصص الآية ٥٩.

(٤) سورة الأنعام الآية ١٩.

(٥) سورة البقرة الآية ٢٨٦.

(٦) سورة النساء الآية ١٦٥.

(٧) سورة طه الآية ١٣٤؛ وقرأ قوله تعالى "ولولا أن تصيبهم مصيبة بما قدمت أيديهم فيقولوا ربنا لولا أرسلت إلينا رسولا فنتبع آياتك ونكون من المؤمنين" القصص ٤٧.



واضح أنه لا يجب شئ من ناحية العقل^(١)، وقال في موضع آخر " في هذا دليل على أن الأحكام لا تثبت إلا بالشرع"^(٢). وفي السنة النبوية المطهرة، نجد قوله ﷺ (ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لم يكن لينسى شيئاً)، وعن أبي ثعلبة أن النبي ﷺ قال (إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها، وحد حدوداً فلا تعتدوها، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها)^(٣)، وروى الترمذى وابن ماجه من حديث سليمان أنه ﷺ سئل عن الجبن والسمن والفراء فقال (الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه)^(٤). وقد بنى علماء الشريعة على هذه النصوص قاعدتي: (لا تكليف قبل ورود الشرع) و(الأصل في الأشياء الإباحة)^(٥). وهما يفيدان - في المجال الجنائي - قصر العقاب على صور السلوك التي سبق للنصوص النافذة تجريمها وفرض العقاب عليها.

ومفاد كل ذلك، أن نصوص الشريعة تقضى بأنه لا جريمة قبل بيان ولا عقوبة قبل إنذار، وأنه لا يسوغ معاقبة الناس على سلوكهم، ما لم يسبق ذلك تجريمه وبيانه لهم، وأنه لا توقع عقوبة قبل إنذارهم.

ب- منهج الشريعة في تطبيق هذه القاعدة:

كان للشريعة - كعاداتها - منهجها المتميز في تطبيق قاعدة الشرعية؛ حيث لم تطبقها تطبيقاً موحداً على سائر الجرائم، على غرار ما تفعل القوانين الوضعية، ولكنها اتبعت في تطبيقها أسلوب " التفريد"، فغايرت بين نوعين من الجرائم: الجرائم ذات العقوبات المقدرة،

(١) تفسير القرطبي ١٨/٦.

(٢) تفسير القرطبي ٢٣١/١٠.

(٣) هذان الحديثان مذكوران في الأشباه والنظائر للسيوطي ط عيسى الحلبي ص ٦٦.

(٤) خرجه ابن ماجه بسنده عن سلمان الفارسي في باب أكل الجبن والسمن من كتاب الأطعمة. انظر: سنن ابن ماجه ١١١٧/٢ رقم ٣٣٦٧. وانظر: الأشباه والنظائر للسيوطي، ط عيسى الحلبي، ص ٦٦.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع والموضع السابق، وانظر توضيحاً لهذه القاعدة وأساسها من القرآن: تفسير القرطبي ٢٥١/١.



والجرائم ذات العقوبات المفوضة، وقد انتهجت بصدد الأولى منهج التحديد العيني للفعل المكون للجريمة وعقوبته، على نحو انتبذت فيه بالسلطة التقديرية للقاضي مكاناً قصياً، فيما انتهجت بصدد الثانية خطة مركبة جمعت فيها بين منهجى التحديد الإجمالى للعقوبات المفوضة، ثم التحديد العيني والوصفى للجريمة التعزيرية، كلٌ فى نطاق متميز لا يختلط بغيره، وذلك على النحو التالى:

الجرائم ذات العقوبات المقدرة

ومنهج التحديد العيني للجريمة والعقوبة

مضمون هذا المنهج:

بادئ ذى بدء، نؤكد أن المقصود بالجرائم ذات العقوبات المقدرة هى جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، ونعترف -مسبقاً- بأن فرق ما بينهما راجع إلى طبيعة الحق المعتدى عليه، فالحدود - إجمالاً^(١) - تقع انتهاكاً لحقوق الله تعالى، وجرائم القصاص والدية تقع

(١) إنما قلنا إجمالاً لأن الخلاف قد وقع بين الفقهاء بشأن مدى القذف والسرقة. فتنازعت طبيعة الأول ثلاثة اتجاهات، فالظاهرية عدوه حقاً خالصاً لله تعالى، وباقي الفقهاء: يرونه مشتركاً بين حق الله والعبد، ثم انقسموا إلى فرقتين، قالت أولاهما بتغليب حق الله فيه، وهم الحنفية عدا محمداً وأبا اليسر، فيما قالت الثانية - وهم جمهور الفقهاء - بتغليب حق العبد فيه. وقد كان لكل منهم وجهة هو مواليها. راجع: المحلى ١٣/٢٨٩-٢٩٠ ط ١٣٩٢ هـ ١٩٧٢ م؛ البدائع ٥٦/٧؛ تبيين الحقائق ٣/٢٠٣؛ معين الحكام ص ١٨٩؛ المبسوط للسرخسي ٢/٢٩٦ ط/بيروت، د: ت؛ أصول السرخسي ٢/٢٩٦ ط ١٣٧٣ هـ ١٩٥٤ م بتحقيق أبو الوفا الأصفهاني؛ كشف الأسرار للبرزدوى ٤/١٥٩ ط ١٣٩٤ هـ ١٩٧٤ م بيروت. وانظر فى رأى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة (فى الأظهر) والشيعية الزيدية: بداية المجتهد ٢/٧٦؛ القول المرتضى فى أحكام القضا للبرلسي (مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ١٣٦ فقه مالك ورقة رقم ١٥؛ أحكام القرآن لابن العربي ٣/١٣٣٦ هـ؛ خاشية العدوى ٧/٩٠ هامش الخرشى؛ أسنى المطالب ٤/١٣٦؛ المهذب ٢/٢٧٤؛ المبدع ٩/٨٤؛ الكافي ٣/٢٢٢؛ البحر الزخار ٦/١٦٦. وانظر فى عرض أدلة هذه الآراء ومناقشتها وترجيح رأى الحنفية فى هذا الصدد: أستاذنا د. سامح السيد جاد، العفو عن العقوبة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، ط ١٩٧٨، ص ٥٤-٦١.

وأما السرقة؛ فإن جمهور الفقهاء يرى أن حد القطع خالص حق الله تعالى، فيما تقع السرقة ذاتها عدواناً على حقين: حق الله وحق العبد. انظر: شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين هامش قليوبى وعميرة ٤/١٩٦؛ وخاشية الدسوقي ٤/٣٥٥؛ تبيين الحقائق ٣/٢٢٧؛ المغنى ٩/١٢٣؛ البحر الزخار ٦/١٨٦؛ وكشف الأسرار ٤/١٤٧. وانظر فى وقوع الجرم ذاته على حق الله والعبد: إعانة الطالبين ٤/١٦٤؛ البدائع ٧/٨٤ وانظر رسالتنا للدكتوراد: نظرية الادعاء الجنائى، على الآلة الكاتبة، ص ٩٣ وما بعدها.



انتهاكاً لحقوق العباد، لكنهما فيما وراء هذا يلتقيان في فكرة " التقدير"، الذى يعنى: الفرض والتحديد، وهو لا ينصرف بهذا المعنى - إلى العقوبة وحدها، ولكنه ينصرف كذلك إلى الفعل المكون للجريمة، على نحو ما سيتضح فيما يلى.

أما جرائم الحدود، فإنها معدودة محصورة لا تتجاوز سبعة، فى أوسع الأقوال^(١)، وأربعاً فى أضيقتها^(٢)، ومصدر التجريم والعقاب فيها نصوص صريحة فى الكتاب والسنة، وفى الزنى قال تعالى "الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة"^(٣)، وقال ﷺ فى قصة العسيف (المائة شاة والخادم ردً، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)^(٤). وفى القذف جاء قوله تعالى " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون"^(٥). وفى قطع الطريق قال سبحانه " إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض"^(٦). وفى السرقة جاء قوله تعالى "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله"^(٧). وفى شرب الخمر قال تعالى " إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون"^(٨)، وعن أبى هريرة ؓ قال أتى النبى ﷺ برجل قد شرب قال

(١) مواهب الجليل ٢٣٠/٦-٢٣١؛ التاج والإكليل هامش المواهب فى الموضع ذاته؛ حاشية الدسوقي ٢٩٨/٤؛ شرح الزرقانى وحاشية البنانى هامشه ٦٠/٨.

(٢) وهو مسلك ابن نجيم الحنفى. البحر الرائق ٢/٥. وزاد بعض الحنفية حداً خامساً: فتح القدير ١١٣/٤؛ البدائع ٣٣/٧.

(٣) سورة النور الآية ٢.

(٤) أخرجه البخارى بسنده عن أبى هريرة وزيد بن خالد فى باب الاعتراف بالزنا من كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة، انظر: البخارى مع الفتح ١١٤/١٢.

(٥) سورة النور الآية ٤.

(٦) سورة المائدة الآية ٣٣.

(٧) سورة المائدة الآية ٣٨.

(٨) سورة المائدة الآية ٩٠.



(اضربوه)^(١)، وعن السائب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله ﷺ وإمرة أبى بكر وصدرأ من خلافة عمر فنقوم إليه بأيدينا ونعالنا وأرديتنا، حتى كان آخر إمرة عمر فجلد أربعين، حتى إذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين)^(٢). وفي الردة، قال ﷺ (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزانى، والمارق من الدين التارك الجماعة)^(٣)، وقال أيضاً (من بدل دينه فاقتلوه)^(٤)، وفي البغى قال سبحانه "وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تفى إلى أمر الله"^(٥)، وقال ﷺ (... ومن بايع إماماً فأعطاه صفقة يمينه وثمره قلبه فليطعه ما استطاع، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر)^(٦)، وفي القصاص فى النفس ومادونها قال تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص"^(٧)، وفي القتل الخطأ "ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا"^(٨)، وفي القتل شبه العمد قال ﷺ (قتيل الخطأ شبه العمد: قتيلى

(١) خرجه البخارى بسنده عن أبى هريرة فى باب الضرب بالجريد والنعال من كتاب الحدود، انظر: البخارى مع فتح البارى ٥٥/١٢.

(٢) خرجه البخارى بسنده عن السائب بن يزيد فى باب الضرب بالجريد والنعال من كتاب الحدود، انظر: البخارى مع فتح البارى ٥٦/١٢. ومعنى هذا، أن جلد الشارب ثابت بفعل النبى ﷺ، وأن عدد الجلادات ثابت بسنته ﷺ، وأن عدد الجلادات ثابت بسنته ﷺ وسنة أصحابه من بعده.

(٣) خرجه البخارى بسنده عن ابن مسعود فى باب قول الله تعالى "أن النفس بالنفس" من كتاب الديات. انظر: البخارى مع فتح البارى ١٦٩/١٢.

(٤) خرجه البخارى بسنده عن ابن عباس فى باب حكم المرتد والمردة من كتاب استتابة المرتدين والمعاندين، انظر: البخارى مع فتح البارى ٢٢٧/١٢.

(٥) سورة الحجرات الآية ٩.

(٦) خرجه ابن ماجه بسنده عن عبد الله بن عمرو بن العاص: سئل ابن ماجه جـ ٢ ص ١٣٠٧ (كتاب الفتن، باب ما يكون من الفتن، رقم ٣٩٥٦).

(٧) سورة المائدة الآية ٤٥.

(٨) سورة النساء الآية ٩٢.



السوط والعصا مائة من الإبل أربعون منها خلفه في بطونها أولادها^(١)، وعن مقدار الدية قال رسول الله ﷺ (في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بنى مخاض ذكور)^(٢).

وهكذا ترى، أن الشريعة قد عينت الأفعال المجرمة وعينت عقوبتها محددة مقدارها، على نحو غدت معه ذات حد واحد، ينتبذ بسلطة القاضي التقديرية مكاناً قصياً، كما تخرج الحدود بهذه الطريقة عن إمكانية التعديل أو التبديل فيها: تجريماً أو عقاباً، بحيث لا يكون للقاضي إذا ثبتت عنده إلا أن يطبق النص دونما أى تدخل.

الجرائم ذات العقوبات المفوضة

وخطة الشريعة المركبة بشأنها^(٣)

أ- وصف عام للخطة الشرعية المركبة بشأن التعازير:

الجرائم ذات العقوبات المفوضة هي جرائم التعزير، وقد فرقت الشريعة بشأنها بين العقوبة التعزيرية، وبين الجريمة التعزيرية في تطبيق مبدأ الشرعية على النحو التالي.

أما العقوبة التعزيرية فمنهج الشريعة في تحديدها يتمثل في التحديد الإجمالي لمجموعة العقوبات التعزيرية التي يمكن توقيعها على مرتكبي هذه النوعية من الجرائم، وهذا التحديد الإجمالي لا يعنى أن هذه العقوبات قد جمعت في موضع واحد أو حصرت في كتاب مستقل،

(١) خرجه ابن ماجه بسنده عن عبد الله بن عمرو في كتاب الديات، باب دية شبه العمدة مغلفة ج ٢ ص ٨٧٧ رقم ٦٧٢٧.

(٢) خرجه ابن ماجه بسنده عن ابن مسعود في كتاب الديات باب دية الخطأ ج ٢ ص ٨٧٩ رقم ٢٦٣١.

(٣) راجع في الموضوع: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي ١/١٢٦ وما بعدها؛ ورسالة الدكتور عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ١٩٧٦م؛ د. أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق ١٩٨٠، ص ١٨١ وما بعدها.



ولكنه يعنى أن استقراء نصوص الكتاب والسنة يقود إلى استخلاص مجموعة من العقوبات ورد النص على بعضها فى القرآن الكريم، كما فى عقوبات: الحجر والضرب، المنصوص عليهما بشأن نشوز النساء^(١)، وكما فى جزاء قتل الصيد من المحرم (مثل ما قتل من النعم)^(٢). فيما ورد النص على بعضها الآخر فى السنة المطهرة: القولية (كأمر الرسول ﷺ أصحابه بهجر الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك) أو العملية (كصلبه ﷺ رجلاً وهى حى على جبل يقال له أبو ناب).

ومؤدى التحديد الإجمالى لتلك العقوبات هو عدم جواز توقيع عقوبة تعزيرية لم ترد فى كتاب الله تعالى أو فى سنة رسوله ﷺ، لكنها فيما وراء ذلك تعطى للقاضى سلطة تقديرية بشأنها، فيختار من بينها ما يراه ملائماً لحالة الجانى والجناية، وإذا كانت بطبيعتها ذات حدين، كما فى الجلد، وسعه أن يحدد مقدارها، وفقاً لما يراه من حالة الجناية والجانى.

وأما الجريمة التعزيرية ذاتها، فقد اتبعت الشريعة فى تحديدها طريقتى التحديد العينية، والتحديد الوصفى، ووفقاً للأولى، نصت الشريعة على طائفة من الأفعال كرهتها لذواتها؛ وهى على درجتين:

(١) درجة المعاصى، وتتمثل فى إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات أو ترك ما أوجبه من الواجبات، سواء أكان فيها الكفارة دون الحد، كما فى إفساد الإحرام والصيام، والحنث فى اليمين، أو الوطء فى الحيض، أم لم يكن فيها حد ولا كفارة: كالسرقة غير التامة، وسرقة الفروع من الأصول وأكل الميتة والدم ولحم الخنزير والشروع فى الزنى ومقدماته... إلخ.

(٢) ودرجة المخالفات، وهى دون الأولى، وتتمثل فى إتيان المكروه وترك المنذوب وفق ما يراه الشافعية والمالكية^(٣)، وهم يرون أن

(١) راجع الآية رقم ٣٤ من سورة النساء.

(٢) راجع الآية رقم ٩٥ من سورة المائدة.

(٣) مواهب الجليل ٦/٣٢٠؛ تحفة المحتاج ٨/١٨.



فاعل المكروه وتارك المندوب لا يسمى عاصياً، بل مخالفاً؛ لأن العصيان اسم ذم، والذم غير وارد بالنسبة لفعل المكروه أو ترك المندوب، مع ملاحظة أن العقاب على ذلك مرتين بتكرار فعل المكروه أو ترك المندوب (فهى تشبه جرائم الاعتياد فى القانون الوضعى). وأما التحديد الوصفى للجريمة التعزيرية، فإنه يتعلق بطائفة من الأفعال التى لا تحرم لذواتها، بل لأوصافها، وهذه الأوصاف التى تدخلها فى نطاق الجرائم التعزيرية تتمثل فى (الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام)، ولما كان التجريم هنا مرتين بثبوت تلك الصفة فى النشاط، وكان من الممكن وجود النشاط فى وقت معين دون أن تكون له هذه الصفة، فإنه يترتب على ذلك، ألا يكون الفعل جريمة تعزيرية عند تخلف الصفة المذكورة، وبناءً على ذلك، فإن هذا النوع يستعصى على حصره تشريعياً، وإن كان من الممكن ضبطه بالوصف المذكور، ويمثل الفقهاء لهذا النوع من التعزير بنفى عمر بن الخطاب لرجل شبيبت به النساء هو نصتر بن حجاج، ونصر هذا كان جميلاً لكنه لم يرتكب محرماً؛ لكن عمر رأى أن وجوده بالمدينة ضار بصالح الجماعة، إذ قد تفتتن به النساء، ومن ثم نفاه إلى البصرة.

وعلى هذا النحو ينبغى أن نفهم قول الفقهاء فى تعريف التعزير بأنه (معصية لا حد فيها ولا كفارة)^(١)، وقولهم فى العقوبة (ليس فيها شئ مقدر وإنما هى مفوضة إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنائتهم)^(٢)؛ إذ ليس معنى قولهم هذا، أن للقاضى أن يعتبر أى فعل جريمة تعزيرية، وأن يوقع ما شاء من عقوبات؛ بل إن القاضى عليه أن يبحث أولاً فيما إذا كان الفعل معصية فى الشرع (لأنه فعل محرم أو ترك واجب، أو لأنه فعل مكروه أو ترك مندوب إليه متى اعتاده

(١) المذهب ٢/٢٨٩؛ متن المنهاج للنووى مطبوع مع مغنى المحتاج ٤/١٩١؛ التاج والإكليل للمواق هامش مواهب الجليل ٦/٣١٩؛ البدائع ٧/٦٣؛ حاشية العناية على الهداية هامش فتح القدير ٤/٢١١.

(٢) تبين الحقائق ٣/٢٠٨؛ فتح القدير ٤/٢١٢؛ الأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٧٩-٢٨٠؛ ومغنى المحتاج ٤/١٩١-١٩٢، وفى هذه الكتب الثلاثة الأخيرة ورد لفظ "القاضى" بدلاً من لفظ "الإمام" الوارد فى تبين الحقائق.



الجاني) أم لا. فإن لم يكن كذلك فلا يصح اعتباره جريمة مالم يكن ضاراً بالمصلحة العامة أو النظام العام في المجتمع الإسلامي. وحين ينتهي القاضي إلى أن الفعل المنسوب إلى المتهم يخضع لوصف تجريمي مما سبق، فعليه أن يوقع إحدى العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في الكتاب أو السنة، أو تلك التي فصلها الفقهاء في كتبهم وليس له أن يبتدع سواها، لكنه يتخير من بينها ما يراه محققاً للمصلحة، كما يحدد القدر الملائم منها لحالة الجاني والجناية، وإن كان هذا لا يمنع ولي الأمر من تقنين سائر الجرائم التعزيرية وعقوباتها ووضعها في مجموعة واحدة حتى يسهل الاطلاع عليها وتطبيقها، مع ضرورة إعطاء القاضي السلطة التقديرية المقررة له شرعاً في هذا الشأن.

ب- طريقة معرفة الجرائم والعقوبات التعزيرية:

معرفة الجرائم والعقوبات التعزيرية تقتضي مراجعة نصوص القرآن والسنة، لمعرفة المحرمات والواجبات التي تدخل (فعلاً وتركياً) في نطاق الجرائم التعزيرية، ولمعرفة مجموعة العقوبات التي يمكن توقيعها على الجاني. وإذا كانت هذه الجرائم والعقوبات مبعثرة في مواضع كثيرة إلا أنها منصوص عليها (وشر ما يعني التقيد في نطاقها بمبدأ الشرعية)، ولا حرج في أن تقوم السلطة التشريعية بتجميع هذه المعاصي وتلك المخالفات في كتاب خاص، وأن تقوم بترتيبها وفقاً لنوعها أو عقوبتها أو محلها أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم الذي يسهل الاطلاع عليها والعلم بها وتطبيقها، كما يمكن عمل قائمة بكافة العقوبات التعزيرية الواردة في النصوص وكتب الفقه، توضع في كتاب واحد، ويكون للقاضي أن يختار منها ما يراه ملائماً لحالة الجاني والجناية.



المطلب الثالث

تطبيق القاعدة الجنائية الشرعية بأثر مباشر (عدم الرجعية)

تأصيل عدم رجعية القاعدة الجنائية الشرعية:

فى القرآن الكريم إشارات واضحة إلى أن المعاصى التى وقعت من بعض المسلمين قبل نزول النصوص المحرمة لها تقع فى مرتبة العفو، وأن النصوص المحرمة لا تتناول تلك المعاصى ولا تسرى عليها. وهذا المعنى هو ما يفهم من سبب نزول قوله تعالى " ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا إذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وآمنوا ثم اتقوا وأحسنوا" ^(١)، قال ابن عباس والبراء بن عازب وأنس بن مالك، إنه لما نزل تحريم الخمر، قال قوم من الصحابة: كيف بمن مات منا وهو يشربها ويأكل الميسر؟ - ونحو هذا- فنزلت الآية ^(٢). وذكر السيوطى فى أسباب النزول أن الناس قالوا - لما حرمت الخمر- يا رسول الله: ناس قتلوا فى سبيل الله وماتوا على سرفهم وكانوا يشربون الخمر ويأكلون الميسر وقد جعله الله رجساً من عمل الشيطان، فأنزل الله الآية ^(٣). وروى البخارى بسنده عن أنس بن مالك أن أنسا كان ساقى القوم فى منزل أبى طلحة وقت نزول تحريم الخمر، وأن بعض القوم قالوا: قتل قوم وهى فى بطونهم، قال فأنزل الله الآية ^(٤). وقد أجمل القرطبى هذه المعانى فى قوله (من فعل ما أبيح له حتى مات على فعله لم يكن له ولا عليه شئ، لا إثم ولا مؤاخذه ولا ذم ولا أجر ولا مدح... وعلى هذا فما كان ينبغى أن

(١) سورة المائدة الآية ٩٣.

(٢) تفسير القرطبى ٢/٢٩٣.

(٣) لباب النقول فى أسباب النزول للسيوطى، مطبوع مع تفسير الجلالين، ط ١٩٩١ دار المعرفة بيروت، ص ٣٥٦-٣٥٧.

(٤) خرجه البخارى بسنده عن أنس بن مالك فى باب (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح) من كتاب التفسير انظر: البخارى مع فتح البارى، الجزء الثامن ص ٢٢٤، أحكام القرآن لابن العربى ٢/٦٥٨.



يتخوف ويسأل عن حال من مات والخمر في بطنه وقت إباحتها، فإما أن يكون ذلك القاتل غفل عن دليل الإباحة فلم يخطر له، أو يكون لغلبة خوفه من الله تعالى، وشفقته على إخوانه المؤمنين، توهم مؤاخذه ومعاقبة لأجل شرب الخمر المتقدم، فرفع الله ذلك التوهم بقوله " ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا" الآية^(١).

وعلى ذات الشاكلة تتضمن سورة المائدة أيضاً تحريم قتل الصيد أثناء الإحرام " لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم" ^(٢)، ثم يأتي تذييل الآية ذاتها مقررأ (عفا الله عما سلف)، وقد ذكر ابن العربي أن المقصود بذلك: (ما قبل بيان الحكم، فإن الواقع قبله عفو) ^(٣).

والواقع أننا لا نجد في نصوص الشريعة، ولا في السوابق التي حدثت عند تنزل النصوص المحرمة ما يرشح من قريب أو من بعيد لتطبيق نص محرم على واقعة حدثت قبله^(٤)، اللهم إلا فيما يتعلق باللعان؛ حيث تسوق كتب السنن الصحاح ما يفيد أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بشريك بن سحماء، فقال له النبي ﷺ (البينة أو حدٌ في ظهرك)، فقال يا رسول الله: إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟، فجعل النبي ﷺ يقول (البينة وإلا حدٌ في ظهرك). فقال هلال: والذي بعثك بالحق إنني لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد. فنزل جبريل وأنزل عليه (والذين يرمون

(١) تفسير القرطبي ٦/٢٩٣-٢٩٤.

(٢) سورة المائدة الآية ٩٥.

(٣) أحكام القرآن ٢/٦٨٢.

(٤) عكس ذلك الأستاذ عبد القادر عودة في التشريع الجنائي ١/٢٦٦ ق ٢٠٦، حيث قرر أن نصوص القذف والحراية والظهار قد طبقت بأثر رجعي، وبالتالي يمكن استثناء الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن أو النظام العام من قاعدة عدم الرجعية، وقد ناقش الدكتور محمد سليم العوا هذا الرأي، فاستبعد - أولاً - الظهار من البحث باعتباره من مسائل الأحوال الشخصية لا الجنائية، ثم عرض لجريمتي القذف والحراية، فأثبت - بحق - أن النصوص الحاكمة لهما لم تطبق بأثر رجعي.

انظر مؤلفه السالف الإشارة إليه البنود أرقام: ٢٠-٤/٢٠، ص ٥٥-٦٠.

أزواجهم)، فلاعن النبي ﷺ بينهما^(١). وسياق القصة على هذا النحو يشير في جلاء إلى أن واقعة القذف حدثت بعد نزول قوله تعالى "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة.." ^(٢)، وهذا ما يقتضيه قوله ﷺ لهلال: (البينة أو حد في ظهرك)، (البينة وإلا حد في ظهرك)، وهذا يعنى أن ملاعنة النبي ﷺ بينهما قد حكمت واقعة سابقة على تنزيلها، فكان آيات اللعان طبقت بأثر رجعى. ويكاد العلماء أن يكونوا مجمعين على أن حكم اللعان إنما نزل تخفيفاً عن الأزواج الذين لا بينة لهم على زنى زوجاتهم^(٣)؛ إذ الحكم الأصلي هو جلد القاذف -والزوج قاذف- ثمانين جلدة، لكن الله تعالى خفف ذلك في حق الزوج بشرعة اللعان، وإذا كان الأمر كذلك، وهو كذلك بكل تأكيد، فنحن نستنبط من هذا أن نص اللعان، وهو يقرر حكماً أخف في حق الأزواج، طبق على واقعة -هى قذف هلال زوجته بالزنى- حدثت قبل نزوله، وهذا يعنى أن الشارع طبق النص الأصلح أو الأخف بأثر رجعى.

مدى إمكانية وضع قاعدة عامة تقرر تطبيق النص الأصلح للمتهم بأثر رجعى تأسيساً على نص اللعان:

ينبغي التفريق بصدد هذه المسألة بين الجرائم ذات العقوبات المقدرة، والجرائم ذات العقوبات المفوضة، ففي نطاق الأولى يبدو البحث في مدى إمكانية وضع القاعدة المذكورة مجرد بحث نظري لا طائل من ورائه؛ لأن النصوص التشريعية قد اكتملت بوفاء الرسول ﷺ، وانقطع الوحي، ولم يعد هناك أية إمكانية للتغيير أو التبديل في أحكام الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وبالتالي لسنا في حاجة الآن إلى بيان الأفعال التي وقعت قبل ورود النصوص الشرعية وتلك التي وقعت

(١) خرجه البخارى بسنده عن ابن عباس فى باب "ويدرا عنها العذاب" من كتاب التفسير انظر: البخارى مع فتح البارى، الجزء الثامن ص ٣٦٣؛ وانظر أسباب النزول للسيوطى ص ٥٦٠ وما بعدها.
(٢) سورة النور الآية الرابعة.

(٣) فى بعض الروايات أن النبي ﷺ قال بعد نزول آيات اللعان: (أبشر يا هلال، إن الله قد جعل لك فرجاً) أحكام القرآن لابن العربى ١٣٤١/٣.



بعد ورودها، فمن المؤكد أن جميع النصوص الشرعية قد وردت قبل وقوع الأفعال من المكلفين الذين نبحت عن حكم أفعالهم في الشرع حالاً ومالاً^(١)، وهكذا يغدو مجرد البحث في هذه المسألة أمراً لا طائل من ورائه، وإذا قيل إنه يمكن الاستئناس بتطبيق حد اللعان بأثر رجعي، كان الرد أنه قياس مع الفارق، فحد اللعان طبق بأثر رجعي في زمن التشريع ذاته، عندما كان الوحي ينزل، وهذا الحكم ذاته غداً، هو وحكم القذف، مقرران في النصوص، وهي لا تقبل بطبيعتها التعديل أو التبديل، فبطل القياس.

وأما في نطاق الجرائم ذات العقوبات المفوضة (التعزيرية)، فإنه ليس ثمة ما يمنع من تطبيق القانون الأصلح للمتهم بأثر رجعي؛ لأن ذلك لا يتعارض مع طبيعتها التي تقبل التغيير والتبديل ما رأى ولي الأمر المصلحة في ذلك. على أن يكون ماثلاً في الأذهان أن ولي الأمر لا يملك إزالة الصفة التجريبية الثابتة بنصوص الكتاب والسنة فيما يتعلق بالجرائم التعزيرية أيضاً.

(١) د. علي حسن الشرفي، شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، دار المنار، ١٩٩٣، ص ١٠٦.



المبحث الثاني

معطيات السمات العامة للقاعدة الجنائية

فى تطوير القانون الجنائى

أولاً: فى مجال النصوص الخاصة بتحديد السلطان المكافى للنص الجنائى:

أ- يتعين تعديل المادة الثالثة من قانون العقوبات تعديلاً يتيح ملاحقة المصرى الذى يرتكب جريمة فى الخارج لدى عودته إلى مصر حتى ولو لم يكن الفعل الذى ارتكبه معاقباً عليه فى قانون البلد الذى ارتكبه فيه، شريطة أن يكون الفعل معاقباً عليه فى مصر، ومع مراعاة استبدال التعزير بالقصاص فى النفس إذا لم يطلب أهل المقتول القصاص، أو طلبوا ذلك ولكن المقتول لم يكن مسلماً، وذلك أخذاً بنظرية جمهور الفقهاء فى شأن نطاق سريان القاعدة الجنائية الشرعية. وهذا - بدوره - يستوجب تعديل المادة الرابعة على نحو يقتصر معه عدم إجازة رفع الدعوى عن الجرائم المرتكبة فى الخارج التى برئت ساحة فاعلها، على حالة كون البراءة مبنية على سبب آخر سوى عدم العقاب على الفعل فى قانون البلد الذى ارتكب فيه، تطبيقاً لذات النظرية المذكورة آنفاً.

ب- كما يتعين استحداث ثلاثة نصوص، يكون أحدها فقرة ثانية فى المادة الأولى تقضى بتطبيق أحكام قانون العقوبات المصرى على من يرتكب فى مصر فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً فى جناية أو جنحة وقعت فى الخارج، طالما كان الفعل معاقباً عليه فى القانون المصرى. كما يتعين استحداث نص يقضى بتطبيق قانون العقوبات المصرى وحده على الجرائم المرتكبة على ظهر السفن والطائرات العسكرية المصرية أو ضدها أينما كانت، بحسبانها جزءاً من إقليم الدولة، تظهر فيه أحكام الإسلام وتسيطر عليه الدولة بما لها من قدرات عسكرية. مع تطبيق القانون ذاته على هذه السفن والطائرات غير العسكرية دون قصر ذلك على القانون المصرى لمواجهة الحالات التى تتعدى فيها الجريمة حدود السفينة أو الطائرة أو يطلب



فيها العون من سلطات الموانئ الأجنبية. وأخيراً وضع نص يكفل مساءلة الأشخاص المعنوية جنائياً وتحديد العقوبات التي تلتزم طبيعتها القانونية الاعتبارية. فضلاً عن إمكانية تقنين ما يعد عدواناً خطيراً على القيم الأخلاقية، طبقاً لما تتيحه أصول نظرية التعزير في الشريعة الغراء. على أن يقتصر ذلك على ما يمس هذه الأخلاق مساساً شديداً، ووفقاً لما يراه أولوا الأمر في هذا الشأن.

ثانياً: في مجال النصوص الخاصة بتحديد السلطان الزمني للنص الجنائي:

ينبغي التمييز بين أمرين: "الرجعية" التي يكون محلها "الوصف التجريمي" للواقعة، "والرجعية" التي يكون محلها "العقوبة". فالأولى مقصورة شرعاً على الجرائم "التعزيرية غير النصية"، أعني التي لم يتقرر تجريمها بنص في الكتاب أو السنة، وإنما تقرر بموجب سلطة "ولى الأمر" في تجريم الوقائع التي يراها ضارة "بالمصلحة العامة أو النظام العام". والثانية تشمل العقوبات التعزيرية كافة، ما نص عليه في الكتاب أو السنة، ومالم ينص عليه في أحدهما. ومعنى ذلك أن جرائم الحدود، والاعتداء على النفس ومادونيا، والمعاصي "التعزيرية" المنصوص عليها في الكتاب أو السنة، تفلت سائرهما من الخضوع لفكرة "الرجعية" المنصبة على إزالة الوصف التجريمي للواقعة. ومن جهة أخرى، تفلت العقوبات المقدرة (عقوبات الحدود والقصاص والدية) من الخضوع لفكرة "الرجعية" المنصبة على تخفيض مقدار العقوبة المقررة للجريمة، وقد بينا آنفاً أن سند ذلك هو عدم قابلية النصوص الواردة في الكتاب أو السنة (تجريماً أو عقاباً) للنسخ أو التعديل من قبل السلطة المختصة بالتشريع في الدولة الإسلامية.

وبناءً على ذلك، يتعين قصر مبدأ رجعية النصوص الجنائية على حالتين ليس إلا. أولهما حالة صدور قانون - بعد وقوع الجريمة وقبل الحكم فيها نهائياً - يخفض مقدار العقوبة المقررة لارتكاب الجرائم التعزيرية كافة (ما نص عليه منها في الكتاب أو السنة، ومالم ينص عليه في أحدهما)، بحسبانها عقوبات "مفوضة" إلى الحاكم أو ولى الأمر (م ٢/٥ ع، والثانية، حالة صدور قانون - بعد حكم نهائي -



يجعل الجرائم التعزيرية غير النصية (أعنى التى لم ينص على تجريمها فى الكتاب أو السنة) غير معاقب عليها (م ٣/٥ ع)، حيث تطبق العقوبة المخففة بأثر رجعى فى الحالة الأولى، ويوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية فى الحالة الثانية.

ثالثاً: فى مجال النصوص الخاصة بوقف التنفيذ والظروف القضائية المخففة:

لما كانت عقوبات الحدود والقصاص والدية (إذا لم يكن هناك عفو من المجنى عليه أو ولى الدم) لا تقبل إيقافاً أو تبديلاً؛ فإن هذا يقتضى قصر نطاق تطبيق المادتين (١٧) و (٥٥) ع على عقوبات الجرائم التعزيرية فقط دون غيرها.

رابعاً: فى مجال النصوص الخاصة بالعفو عن العقوبة والعفو الشامل:

لما كانت جرائم الحدود - على ما قدمنا- تجب حقاً لله تعالى ولا تقبل وقفاً أو إسقاطاً أو تبديلاً أو تعطيلاً، وكانت عقوبات القصاص والدية تجب حقاً للمجنى عليه أو أولياء الدم، ولهؤلاء دون غيرهم العفو مجاناً أو نظير مقابل، فقد استلزم ذلك تعديل المادتين (٥٥ و ٧٤) ع على نحو يجعل وقف التنفيذ الذى نصت عليه أولاهما مقيداً بأمرين: كون الجريمة تعزيرية، وكون العقوبة المقررة لها هى ماعدا القتل تعزيراً أو السجن، وبالتالي تخرج عن إطار وقف تنفيذ العقوبة جرائم الحدود، وجرائم القصاص والدية، وجرائم التعزير المعاقب عليها بالقتل أو السجن. كما استلزم الأمر ذاته تعديل المادة (٧٤) على نحو يجعل العفو عن العقوبة مقصوراً على العقوبات التعزيرية الواجبة حقاً لله تعالى ليس إلا، لما هو مقرر من أن ولى الأمر لا يملك العفو عن عقوبات الحدود، فضلاً عن أن عقوبات القصاص والدية حق للمجنى عليه وأولياء الدم دون غيرهم.

ومن ناحية أخرى، لما كانت كل من جرائم الحدود والقصاص والدية ثابتة بنصوص صريحة قرنت التجريم بالعقوبة المقررة له، وكانت هذه الجرائم تمس مصالح المجتمع ونظامه العام أساساً شديداً، فقد غدا العفو الشامل عنها غير جائز شرعاً؛ ذلك أنه ليس للسلطة



التشريعية فى الدولة الإسلامية أن تحل ما حرم الله تعالى. وعليه بات العفو الشامل مقصوراً على الجرائم التعزيرية ليس إلا.

خامساً: فى مجال نصوص القسم الخاص:

باستقراء نصوص القسم الخاص من قانون العقوبات، وإعمال النظر فيها على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية اتضح لنا أن موطن الخلاف بينهما ينحصر فى الأحكام المقررة لطائفتين من الجرائم، هما: جرائم الحدود وجرائم القصاص والدية.

أ- أما جرائم الحدود، فإن مخالفة القانون الشريعة فى نطاقها قد أخذت صورتين، فى أولاهما أغفل القانون تجريم بعض جرائم الحدود الشرعية، وفى الثانية وضع لجرائم الحدود أحكاماً تتعارض مع الأحكام التى تقررها الشريعة الإسلامية لتلك الجرائم.

١- فمن ناحية أولى، خلا قانون العقوبات المصرى من نص يجرم "الردة عن الإسلام"، فهو لا يعتبر الرجوع عن الإسلام جريمة معاقباً عليها، فيما تعتبر الشريعة الردة من الجرائم الماسة بالنظام العام، وتعاقب عليها بالقتل حداً. أضف إلى هذا، أن هذا القانون قد خلا من نص يحرم "شرب الخمر"؛ إذ أنه لا يعتبر "الشرب" رذيلة فى حد ذاته؛ بل لما قد يفضى إليه من الإضرار بالآخرين؛ ومن ثم يقتصر العقاب على من وجد فى حالة سكر بين فى الطريق العام؛ دون من شرب الخمر؛ بينما تعتبر الشريعة "شرب الخمر" رذيلة فى ذاته، بل إنها تعتبرها "أم الخبائث"، ومن ثم تعاقب عليها بالجلد، وتضيف إليه "التعزير" إذا حدث فى علانية^(١).

وغنى عن البيان، أن تطوير القانون طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية يستلزم استحداث نصوص تقرر العقاب على هاتين الجريمتين.

(١) يعتبر هذا الوضع منهجاً عاماً لقانون العقوبات المصرى فى كثير من الوقائع؛ فمثلاً هو لا يجرم الربا فى ذاته (الإقراض بفائدة)، ولكنه يجرمه إذا زادت الفائدة عن الحد الأقصى المقرر للفوائد التى يمكن الاتفاق عليها قانوناً (م ١/٣٣٩)، والاعتیاد = على ذلك (م ٣/٣٣٩) ع، حين تعتبر الشريعة أى زيادة على مبلغ القرض "رباً" يحرم أخذه، مهما كان ضئيلاً.



٢- ومن ناحية ثانية، خالف القانون الشريعة فيما قرره من أحكام بشأن بقية جرائم الحدود الأخرى (الحرابة والسرقه والقذف والزنى)^(١)، وهذا الخلاف لم يقتصر على العقوبة المقررة لتلك الجرائم، ولكنه يمتد ليشمل فلسفة التجريم ذاتها، وعلى سبيل المثال - لا الحصر - القذف فى الشريعة هو الرمى بالزنى أو نفى النسب ليس إلا، وما سوى ذلك فهو سب، بينما القذف فى القانون هو إسناد أمور إلى المقدوف بوسيلة معينة لو كانت هذه الأمور صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه أو احتقاره عند أهل وطنه. وفيما تعاقب الشريعة القاذف بالجلد، يعاقبه القانون بالحبس، وعلى حين تجعل الشريعة عجز القاذف عن إثبات صحة ما نسبته إلى المقدوف شرطاً لإقامة الحد عليه، لا يسمح القانون بإثبات صحة الأمور المنسوبة إلى المجنى عليه بالقذف إلا فى الحالة

(١) لا يعد البغى من قبيل جرائم الحدود؛ لأن الأحكام الشرعية المقررة لحالة البغى شرعاً تنأى به عن هذا التوصيف؛ من ذلك:

أ- أنه ليس للإمام قتال البغاة قبل دعوتهم إلى العودة إلى جماعة المسلمين ولزوم طاعة إمامهم، فإن عادوا إلى حظيرة الجماعة تركيم. البحر الرائق ١٥١/٥؛ فتح القدير ٤٠٩/٤؛ كشف القناع ١٦٢/٦؛ الشرح الكبير هامش حاشية الدسوقي ٢٩٩/٤.

ب- إذا لم يعد البغاة إلى حظيرة الجماعة وجب على المسلمين معاونة الإمام على قتالهم ولا يسعهم التخلف عنه بدون عذر. البحر الرائق ١٥٢/٥؛ البدائع ١٤٠/٧؛ الشرح الكبير هامش الدسوقي ٢٩٩/٤.

ج- قتال أهل البغى غايته دفعهم (دفع الصائل - الدفاع الشرعى العام) وردهم إلى الطاعة لاقتلهم، فلا يجوز قصد قتلهم؛ وإذا تركوا القتال لأى سبب لم تجز مقاتلتهم ولا قتلهم؛ ومن ثم لا يجوز أن يتبع مدبرهم ولا أن يذفف جريحهم. ومن يقع منهم فى يد الإمام يسمى أسيراً فى لغة الفقه، وهم يقاتلون كأهل الحرب، فمن لا يجوز قتله من هؤلاء كالنساء والصبيان، لا يجوز قتله من أهل البغى مالم يقاتلوا. انظر: البحر الرائق ١٥٢/٥؛ منحة الخالق على البحر الرائق بذات الموضع؛ البدائع ١٤١/٧؛ المهذب ٢١٩/٢؛ فتح القدير ٤١١/٤-٤١٢؛ الشرح الكبير هامش حاشية الدسوقي ٣٠٠/٤؛ كشف القناع ١٦٣/٦-١٦٤.

وليس لهذه الأحكام نظير فى مرتكب أية جريمة من جرائم الحدود أو غيرها؛ فمن ثبت عليه جريمة حدية عوقب بعقوبتها ما لم يوجد سبب أو عذر مانع من ذلك. انظر فى عدم اعتبار البغى جريمة حدية، د. محمد سليم العوا، ق ٥٢ ص ١٢٣. ورغم أن الأستاذ/ عبد القادر عودة يقرر أن عقوبة البغى فى حالة التغلب على البغاة هى التعزير، وأن حكمهم فى حالة المغالبة والحرب هو القتال، وهو = إجراء دفاعى لدفعهم وردهم، إلا أنه اعتبر البغى جريمة حدية. انظر التشريع الجنائى ٢٤٣/١ ق ١٩٧، ٦٩٨/٢ ق ٦٦٧.



المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٣٠٢ ع. وفيما يتجه القانون إلى حماية واجب الإخلاص الزوجي بعقابه على الزنى، إذا بالشرعية ترى أن الزنى رذيلة يتعين العقاب عليها في كل حال... وهكذا.

وجلى أن تطوير هذه النصوص بما يتفق وأحكام الشريعة يستدعي تقنين الحدود الشرعية، لكن مع ملاحظة أن نصوص قانون العقوبات سوف تظل قائمة، كما تطبق إذا وقعت الجريمة الحديثة عند الشروع، أو كان ثمة مانع شرعى من توقيع عقوبة الحد، أو لم تستوف الحالة المعروضة شروط العقوبة الحديثة...، في هذه الحالات يكون من المتعين شرعاً درء الحد والانتقال إلى التعزير، ونصوص قانون العقوبات المصرى ليست إلا تعازير مقررّة ممن يملك حق تقريرها، فتكون هي الواجبة التطبيق في هذه الحالات، وهكذا يبين لك أن تعارض نصوص قانون العقوبات مع أحكام الشريعة مقصور على جرائم الحدود التامة المستوفية لشروط الحد.

ب- وأما جرائم الاعتداء على النفس ومادونها، فإن مخالفة القانون الشريعة بشأنها قد أخذت عدة صور، منها:

١- نوع العقوبة المقررة؛ إذ تعتمد الشريعة في كفاحها ضد تلك النوعية من الجرائم على عقوبة " القصاص " في حالة العمد، وعلى " الدية " أو الأرش " في حالة غير العمد، والقصاص يعنى أن يفعل بالجاني مثل ما فعل بالمجنى عليه، والدية والأرش مبلغ من المال محدد شرعاً مقابل إتلاف النفس أو العضو، أما القانون فعمدته " سلب " الحرية بأنواعه المتعددة (الأشغال الشاقة بنوعيهما، السجن، الحبس)، والغرامة، وهو لا يلجأ إلى عقوبة الإعدام ما لم يكن القتل العمدى مصحوباً بإصرار سابق أو ترصد أو استعمل في تنفيذ السم، أو اقترن بجريمة أخرى. وعلى هذا النحو، يبدو لنا أن الخلاف يتصل بفلسفة العقوبة ذاتها، فهي في الشريعة - في خصوص هذه الجرائم - شفاء غيظ المجنى عليه وأولياء الدم، والقضاء على عادة الأخذ بالثأر، بالإضافة إلى فكرتي الردع والزجر أيضاً؛ فيما لا تتجه العقوبة في القانون الوضعي إلا لتحقيق غرض الردع والزجر ليس إلا.



٢- وقد ترتب على التباين فى فلسفة العقوبة المقررة لجرائم الاعتداء على النفس ومادونها فى الشريعة عنها فى القانون، أن حرم هذا الأخير المجنى عليه كل دور له فى العفو عن الجانى أو التصالح معه، فيما أعطت الشريعة لأولياء الدم والمجنى عليه دوراً بارزاً وأساسياً فى استيفاء العقوبة أو عدم استيفائها، أو التصالح بين الطرفين مجاناً أو نظير مقابل.

وجلى أن تطوير نصوص قانون العقوبات المصرى طبقاً لأحكام الشريعة يستوجب تقنين أحكام الشريعة فيما يتعلق بعقوبات القصاص والدية والأرش، وحق المجنى عليه وأولياء الدم فى العفو مجاناً أو نظير مقابل، مع الإبقاء على النصوص القائمة كما تطبق كعقوبة تعزيرية إذا لم يثبت القصاص فى حق الجانى لسبب يتعلق بالأدلة مثلاً، أو لوجود ما يسقط العقوبة، كما فى حالة كون المتعدى على يد غيره بالقطع، أقطع اليد، ففى مثل هذه الحالات يعاقب الجانى تعزيراً، وقد قدمنا أن نصوص قانون العقوبات المصرى ليست سوى تعازير مقررة ممن يملك حق تقريرها، فتكون واجبة التطبيق فى أمثال هذه الحالات.

بناءً على كل ما تقدم، فإن تطوير نصوص القسم الخاص من قانون العقوبات يتحقق بتقنين الحدود الشرعية، وعقوبات القصاص والدية.



المراجع

- الإتقان فى علوم القرآن للسيوطى دار الفكر بيروت ١٣٦٨هـ.
- الأحكام السلطانية لأبى يعلى الحنبلى دار الفكر ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م.
- أحكام القرآن لابن العربى بتحقيق محمد على البجاوى ط عيسى الحلبى د:ت.
- إحياء علوم الدين للغزالي ط عيسى الحلبى د:ت.
- الأشباه والنظائر للسيوطى ط عيسى الحلبى د:ت.
- أصول السرخسى ط ١٣٧٣هـ ١٩٥٤م.
- أصول القانون للدكتور حسن كيرة ط ١٩٥٨م.
- أصول النظام الجنائى الإسلامى للدكتور محمد سليم العواء، ط ١٩٧٩م.
- إعانة الطالبين للدمياطى ط عيسى الحلبى د:ت.
- إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان لابن قيم الجوزية بتحقيق محمد سيد كيلانى الناشر النور الإسلامية للطبع والنشر د:ت.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفى دار الفرقان بيروت د:ت.
- بدائع الصنائع للكاسانى ط ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م بيروت.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ط ١٩٨٣م مكتبة الكليات الأزهرية.
- التاج والإكليل للمواق هامش مواهب الجليل ط ثانية ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.
- تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ط أولى الأميرية بولاق ١٣١٣هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ط ١٩٨٣م مكتبة الكليات الأزهرية.



- التشريعات العقابية ومكافحة الجريمة للدكتور عبد الحميد محمود البعلى ط أولى ١٩٩٣ م.
- التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى للأستاذ/ عبد القادر عودة ط ١٩٧٧ م.
- التعزير فى الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز عامر ط ١٩٧٦ م.
- تفسير الجلالين ط ١٩٩١ دار المعرفة بيروت.
- الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ط ١٩٥٩ بيروت.
- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبد السميع الآبى الأزهرى ط عيسى الحلبي د:ت.
- حماية النفس وسلامة الجسم للدكتور منصور أبو المعاطى الجوهري ط أولى ١٩٧٦ م.
- الخراج لأبى يوسف ط ١٩٨٥ م.
- الربانية كخصيصة من خصائص القاعدة فى الشريعة الإسلامية د. محمد شتا أبو سعد مجلة البحوث الفقهية المعاصرة س ٤ ع ١٦ سنة ١٣١٤ هـ.
- الرسالة للإمام الشافعى ط ١٣٠٩ هـ.
- الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتى ط ١٩٩١ م.
- سنن ابن ماجة بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي المكتبة العلمية بيروت د:ت.
- شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين هامش قليوبى وعميرة ط عيسى الحلبي د:ت.
- شرح الزرقانى لمختصر خليل ط بيروت ١٣٠٧ هـ.
- الشرح الكبير للدردير هامش حاشية الدسوقي ط عيسى الحلبي د:ت.
- صحيح البخارى مع فتح البارى ط ١٤٠٢ هـ بيروت.



- طبيعة وحالات الالتزام الخلقى فى الإسلام د. محمد شتا أبو سعد
مجلة البحوث الفقهيّة المعاصرة س ٣ ع ١٢ سنة ١٤١٢هـ.
- فتح القدير مع الهداية للكمال بن الهمام ط أولى ١٣١٦هـ بولاق.
- الفروع لابن مفلح الحنبلى ط ١٣٨٨هـ ١٩٦٧م عالم الكتب.
- الفقه الإسلامى بين المثالية والواقعية للأستاذ محمد مصطفى شلبى
مجلة الحقوق س ٩ (١٩٥٩ - ١٩٦٠).
- القول المرتضى فى أحكام القضا للبرلسى مخطوط بدار الكتب
المصرية برقم ١٣٦ فقه مالك.
- كشف القناع للبهوتى مكتبة النصر الحديثة بالرياض د:ت.
- كشف الأسرار للبزدوى ط ١٣٩٤هـ ١٩٧٤م.
- لباب النقول فى أسباب النزول للسيوطى مطبوع مع تفسير الجلالين
ط ١٩٩١ دار المعرفة بيروت.
- المبسوط للسرخسى ط بيروت د:ت.
- المجموع شرح المذهب للنووى دار الفكر د:ت.
- المحلى لابن حزم دار الآفاق الجديدة بيروت د:ت.
- معين الحكام للطرابلسى ط مصطفى الحلبي ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م.
- مغنى المحتاج للشربيني ط بيروت ١٣٥٢هـ ١٩٣٣م.
- المغنى لابن قدامة مكتبة الجمهورية العربية والكليات الأزهرية
د:ت.
- منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين هامش البحر الرائق ط
بيروت د:ت.
- المذهب للشيرازى ط مصطفى الحلبي د:ت.
- مواهب الجليل للحطاب ط ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.



فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١٢٥٣	المقدمة:
١٢٥٥	الفصل الأول: مصادر القاعدة الجنائية الشرعية.....
١٢٥٥	المبحث الأول: تحديد مصادر القاعدة الجنائية الشرعية...
١٢٦١	المبحث الثاني: معطيات "مصادر" القاعدة الجنائية الشرعية في تطوير القانون الجنائي.....
١٢٦٧	الفصل الثاني: السمات العامة للقاعدة الجنائية الشرعية.
١٢٦٧	المبحث الأول: تحديد السمات العامة للقاعدة الجنائية الشرعية.....
١٢٦٧	المطلب الأول: عموم القاعدة الجنائية الشرعية
١٢٧٨	المطلب الثاني: سمة الشرعية "قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بغير نص".....
١٢٨٧	المطلب الثالث: تطبيق القاعدة الجنائية الشرعية بأثر مباشر (عدم الرجعية).....
١٢٩١	المبحث الثاني: معطيات السمات العامة للقاعدة الجنائية في تطوير القانون الجنائي
١٢٩٨	المراجع.....
١٣٠١	فهرس الموضوعات.....

